**מחברת מקוצרת עונשין**

**סעיפי הגדרות- 24, 383, 34 כ"ד, 90 א', 18**

**מבוא**

* **משפט פלילי:** 3 ענפי משנה המשרתים אחד את השני בהוכחת אחריות פלילית:
1. **דיני עונשין-** עונים על שאלת ה- "מה?". הם אוסף כללים- דברי חקיקה המסדירים איזה רכיבים צריך להוכיח על מנת לתת את העונש (יכול להימצא גם בחקיקה כללית אחרת ולא רק בחוק העונשין). הם מתחלקים **לחלק הספציפי=** דיני עבירות שנכונות לעבירה מסויימת. **ולחלק הכללי=** תנאים כלליים שנכונים לכל העבירות לאחריות פלילית (מי שלא אחראי- קטינים (מתחת לגיל 12), אי שפיות, היעדר שליטה וסייגים אחרים כמו הגנה עצמית) ותנאים כלליים לעונש (קנסות, סוג ענישה- מקסימום/ מינימום וכו').
2. **סדר דין פלילי-** מרגע חשד לביצוע עבירה עד גזר הדין. כלומר קובע **איך** יראה ההליך הפלילי.
3. **דיני הראיות הפליליים-** שאלת ה-"מה?**"**. דרכי ההוכחה של עובדות ששנויות במחלוקת שמבססות אשמה או חפות.
* **דין מהותי= החוקים עצמם=** גמיש (ניתן לפרשנות וכו'). לעומת **פרוצדורה= סדר הדין הפלילי=** טכני, לא ניתן לשנות.
* **ייחודיות המשפט הפלילי:**
1. למשפט הפלילי אופי דרקוני ולכן הוא יהיה המוצא האחרון.
2. המטרה של המשפט הפלילי היא להגן על ערכים חברתיים חשובים.
3. המדינה משמשת כשחקן.
4. המשפט הפלילי יוצא מנקודת הנחה שהאדם הוא אנוכי ואגואיסטי אשר משיג את מטרותיו מבלי לבחול באמצעים ועל כן יש לפעול לפי **אמנה חברתית** אשר בה האדם מפקיד את זכויותיו בידי הריבון שמחליט מהם ערכי הליבה.
5. המדינה מענישה בגין עבירות שאין בהן קורבן ספציפי- מספיק יצירת סיכון או כוונה להשלים עבירה.
6. המשפט הפלילי פועל לפעמים כדי לתייג ולגנות- כאשר אין משמעות לסנקציה עצמה אלא להשפעות של ההרתעה למען הגנה על הזכות.
7. מרשיעים אדם רק אם קיים יסוד נפשי שלילי במעשה- צריך להראות שלאדם היה מספר אפשרויות והוא באופן פוזיטיבי בחר לפגוע בערך חברתי מוגן.
8. פרוצדורה- המשפט הפלילי המודרני דוחק את הקורבן לשולי ההליך ומדיר אותו ממנו וזאת על אף חוק "זכויות נפגעי העבירה" שמאפשר לו להביע דעה (לעומת השפט הפלילי בימי הביניים בו הקורבן היה אחראי כמעט על כל התהליך).
* **כתב אישום:** מורכב מעובדות, הוראות חיקוק, רשימת עדי תביעה ותאריך. יש 2 תנאים להגשתו: כשאין עניין לציבור ושיש ראיות לכאורה שמוכיחות את האשמה (הנאשם, בניגוד למדינה, לא חייב לחשוף את חומר הראיות לפני המשפט ולכן המדינה תגיש כתב אישום רק אם היא חושבת שתוכיח אשמה מעל כל ספק סביר (51%)).
* **בסיסי הפללה:** מונח שמתייחס להצדקות שבגינן אנחנו בוחרים להפליל מעשים מסוימים:
1. **עקרון הנזק-** העקרון הבסיסי לפיו התנהגות אסורה= התנהגות שגורמת נזק לאחר. סוג ועוצמת הנזק הם אלו שישפיעו על היקף ההגנה שתינתן לנאשם (אם תינתן).
2. **אכיפת מוסר-** החפיפה בין המוסר לפלילים נקראת מאלא אינסה. **דלווין-** זכותה של המדינה להציב רמות מוסר ולאכוף אותן- שומר על הסטטוס קוו של החברה. **הארט-** העמדה המקובלת (אך עדיין יש דיונים)- לא מתפקידו של המשפט הפלילי להנחיל מוסר משום שתפקידו למנוע נזק.
3. **פטרנליזם (=כפיה)-** המדינה יודעת מה טוב לאזרח, יותר ממנו.
4. **פגיעה ברגשות.**

**הענישה הפלילית**

* **הענישה הפלילית:** אין הסכמה כללית בדמוקרטיה המערבית על מהו התמהיל להצדקות הענישה אך יש 2 תורות מרכזיות שהתפתחו ומתוכן נוצרה עוד גישה:
1. **תורת הגמול-** ענישה דאונטולוגית שאומרת שלמדינה יש זכות/ חובה להעניש. יש לתת לאדם עונש כפי שמגיע לו- עונש מידתי ופרופורציונלי לחומרת העבירה ואשמת הנאשם. לפי גישה זו מנתקים את ההערכה המוסרית של הנושא מהתוצאות העתידיות של הענישה של הנאשם. **\***פוליטיקאים עם השנים רצו לטשטש כל מיני נושאים שנויים המחלוקת ומכרו סיפורים שהגמול הולך עם ענישה מחמירה. **קאנט-** טוען שיש חובה להעניש גם במקרים שהענישה לא תעזור באופן עתידי משום שיש לעשות דין במשפט צופה פני עבר.  **- ביקורות:** מתעלם משיקולים עתידיים, מעודד רגש שצריך לרסן- נקמה משום שהיא "מוסיפה אש למדורה", הקורבן כבר סבל ולא ניתן להחזיר את הגלגל לאחור, זה פרימיטיבי ולא מתכתבת עם הצדק.  **- תשובות לביקורות:** מיסוד עונש בידי המדינה בהליך רציונלי ימתן תחושת נקמה ויעצור מעגל דמים פוטנציאלי, נקמה מביאה לנחמה מסוימת.
2. **הגישה התועלתנית:** מקובלת בספרות. בסיס גישה זו הוא שההצדקה לכל מעשה נמדד לפי התוצאה שלו. ככל שההשלכות של הענישה (המעשה) מולידות תולדה שלילית בעלת חוסר ערך חברתי פודה- ניתן לאפיין את המעשה כלא מוסרי (ולהיפך). **אריסטו-** כל העשייה האנושית היא תכליתית ולכן יש להסתכל על התוצאות. **מטרות+ביקורות (הועדה הציבורית לבחינת מדיניות הענישה והטיפול בעבריינים – דין וחשבון):**
3. הרתעה- **יש 2 סוגים:
1) ספציפית או אישית-** מתבסס על כך שהאדם הוא רציונלי וכשהוא יעשה את השיקול אם לבצע עבירה, ההחלטה שלו תהיה על סמך העונש. על כן, העונש צריך להיות גדול יותר מהתועלת שיפיק הפושע מביצוע העבירה, אך צריך לעצור בדיוק כשהוא מגיע למידה הנכונה ולא לצאת מפרופורציה.
**2) כללית-** "למען יראו ויראו"- לעבריינים פוטנציאלים.
**- ביקורות:** האדם כאמצעי להשגת מטרות (פוגע בכבוד האדם+ הגמולנים- מה עם ענישת אדם שחף מפשע כאשר התוצאה תהיה דלתא חיובית..?), לפי **דו"ח ועדת דורנר**- לא עומד במבחן המציאות משום שלרוב לא מעורבים בפשיעה בני אדם רציונאליים, כשל שוק- חוסר ידיעה במה שקורה לעבריינים נוספים וכך אין הרתעה, לפי גרי- הרתעה היא מכפלה של חומרת העונש בסיכויי התפיסה על אף שלא כך בפועל- בפועל רק סיכויי התפיסה משנים ולכן מה שיפתור את הבעיה היא אכיפה מוגברת.
4. שיקום- יהיה לעבריין זמן רב בכלא לחשוב על מעשיו ועל כן הוא יתחנך ויהיה מוסרי.
- **ביקורת:** נאיביות. העבריין נמצא בסביבה של אנשים לא נורמטיביים ועל כן יצא עבריין חמור יותר (קיים פתרון לביקורת זאת (בעל ביקורות רבות) של ענישה בבידוד).
5. מניעה והרחקה- הרחקת עבריינים מהציבור תחת התפיסה שיש להם דפוס (עבריינות) חוזר (בעיקר בהתמכרות). **- ביקורת:** הפושע יעבור על החוק בתוך הכלא ומחוצה לו (מש' פשע)+ הענשה על עבירה שלא נעשתה היא לא מוסרית.
6. עלויות הכליאה.
7. **גישות מעורבות:** לא ניתן לאמץ תורת מוסר אחת של ענישה בשל החסרונות של כל גישה ועל כן יש לשלב ביניהן ולמצוא את התמהיל (יש שמאמינים בגישות המעורבות אך טוענים שיש מקרים חריגים בהם יש להפעיל רק שיקולי גמול). **פרופ' הארט-** ההצדקה הבסיסית לענישה היא קודם תועלתנית- אם יש הצדקה תועלתנית נפעיל את העונש לפי הגמול. **במדינת** **ישראל-** ההפך מהארט- ההצדקה הבסיסית לענישה היא קודם גמולנית- נקרא "גמול מוגבל". **מייקל-** בין היחידים שמאמינים בגישה אחת- תורת הגמול.
* **הועדה הציבורית- כיצד נעשה טיפול בעבריינים בישראל?** באמצעות טיפול ושיקום, השכלה פורמלית וחינוך חברתי קהילתי בכלא.
* **בשלב הכרעת הדין-** השופט מחליט אם הנאשם מורשע או שזוכה. **בשלב גזירת הדין-** השופט מחליט מהו העונש.
* **ס' 40 לחוק הונשין- תיקון 113:** **(סעד נ' מדינת ישראל:** המערער הורשע במחוזי בעבירה של חבלה בכוונה מחמירה, החזקת נשק שלא כדין ונשיאת והובלת נשק, לאחר שירה במתלונן במגרש חניה על רקע משפחתי. הוא טוען שלא כך היה הדבר. **סולברג: אומר את הכוכבית הבאה: )**ועדת גולדברג מפרסמת את ההמלצות שלה לגבי חקיקה לענישה (=הבסיס של תיקון 113) שאומרות **שהמחוקק הוא זה שצריך לתת את המילה אחרונה.** המצב לפני מאורע זה היה שאם חוק לא מנה מהם שיקולי הענישה, כל שופט היה מפעיל את שיקול דעתו דבר אשר הוביל את הענישה להיות פרוצה והגביר את הפערים בשוויון. החוק עצמו נקבע בס' 40 לחוק העונשין כאשר **העיקרון המנחה חוק זה הוא עיקרון ההלימה-** יחס הולם בין חומרת העבירה בנסיבותיה ואשמת הנאשם לבין חומרת העונש.
* **ס' ג'-** קבוע שכשביהמ"ש בא לגזור עונש לאדם הוא צריך לעבור דרך שלבים מסודרים:
1. **השלב המקדמי**- במידה ואדם עבר עבירה 1 השופט ימשיך לשלבים הבאים, אך אם עבר מספר עבירות השופט יחליט אם לתת עונש כולל או אם עושים את המסלול לכל עבירה בנפרד ואז נחליט אם הם יהיו במקביל וכו'.
2. **קביעת פגיעת מתחם הענישה/בלימה בס' ג (א)**- לפי הגמול/ ההלימה. בשלב זה קובעים את זמן העונש אשר יכול להשתנות לפי סוג הערך החברתי שנפגע, מידת הפגיעה, מדיניות הענישה ונסיבות שקשורות בביצוע העבירה (בס' 40 (ט)).
3. **קביעת העונש עצמו (הקונקרטי)**- גזירת עונשו של העבריין בתוך מתחם ההלימה. נחרוג ממתחם ההלימה רק בשל חריגים המהווים פרמטרים (=המטרות התועלתניות) לשיקול: שיקום- מחוץ למתחם כלפי מטה, מניעת הרחקה- מחוץ לתחום כלפי מעלה והרתעה ונסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה- משפיעות בתוך התחום.

**חגית לרנאו וישי שרון- "שמונה הכרעות ערכיות בחקיקת חוק הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה":** המאמר מבקש להצביע על הכרעות ערכיות חשובות שהתקבלו בעבודת החקיקה של תיקון 113 לחוק העונשין:

1. **השמטת המנגנון של עונשי המוצא** – עונשי מוצא עוררו ביקורת בגלל חשש להחמרה ניכרת בענישה.
2. **הוספת סע' מטרה המבהיר כי מטרת החוק אינה החמרה ברמת הענישה** – הסע' נועד להתמודד עם החשש מפני התבססות הרעיון של החמרה בענישה ומפני פרשנות של עיקרון ההלימה ככזה המבקש ליצור תעריף עונשי קשיח. החוק מבקש להשליט תפיסה שלפיה רק השופט, ולא המחוקק, מחליט מה המשקל היחסי שיש לתת לכל שיקול ענישה.
3. **הגדרת העיקרון המנחה של הלימה כביטוי של מידתיות בענישה** – ההלימה במובן זה מבטאת את העיקרון לפיו אין להעניש מעבר לאשם הנובע ממעשהו בנסיבות המיוחדות של אותו מעשה.
4. **הצבת השיקום כעיקרון השני בחשיבותו מבין שיקולי הענישה** – הקדימות שניתנה לשיקום מתבטאת במיקום של סע' השיקום בחוק, וכן בעילה המאפשרת לחרוג מעיקרון המנחה, דרישות הסף הראייתיות לחריגה, ומידת החריגה האפשרית. בנוסף, יש צמצום ניכר במשקל של החמרת העונש לעומת שיקול השיקום.
5. **הגבלה משמעותית של שיקולי ההרתעה** – שיקולי הרתעה יכולים להשפיע רק בתוך מתחם העונש ההולם.
6. **הצבת דרישות ראייתיות ונטלי הוכחה לצורך ביסוס החמרה** – המחוקק מנחה את בתי המשפט לדרוש גיבוי ראייתי ממשי לטיעונים המבקשים להחמיר בעונשו של נאשם.
7. **התפיסה של "מתחם" עונש הולם ומתן הזדמנויות רבות להקלה בעונש** – לעומת הצעת החוק המקורית שבה השופט הונחה לקבוע עונש מסוים. שלושה שלבים: מתחם ענישה, בחינת שיקולי השיקום והגנה על הציבור לגבי אפשרות לחרוג מהמתחם, והתחשבות בהרתעה ובנסיבות שאינן קשורות לביצוע העבירה.
8. **החרגה של הקטינים** – המחוקק החליט להחריג את אוכלוסיית הקטינים ולקבוע במפורש בס' 40ט"ו לחוק כי ענישת קטין תיעשה לפי הוראות חוק הנוער.
* **הקלה בענישה:** הייתה הבנה שאחוז גדול מהעבריינים הגיעו למצב זה עקב נסיבות חיים קשות ובמקרים אלו כלא זה לא הפתרון (יהפוך אותם לעבריינים באמת). רואים שינוי זה במהלך השנים:
* **2011**- פעם ראשונה. ס' 12 (א) מסדיר את נושא הענישה אצל נערים- הפרקליט חייב לבדוק לפני הגשת כתב האישום אם יש אפשרות להפנות את הקטין להליך חלופי, בו יקבל אחריות למעשיו, מבלי להכתים אותו בפלילים.
* **2012**- תיקון חוק "הסדר סגירת תיק מותנה"- מאפשר לתובע להימנע מלהגיש כתב אישום בעונש עד 3 שנים אם לחשוד אין עבר פלילי משמעותי והוא מאפשר לחשוד לקחת אחריות על המעשה לתיקון הנזק (בקנס וכו').
* **"בתי משפט קהילתיים"**- וועדת דורנר תומכת בכך. מבוסס על "ביהמ"ש פותר בעיות" שדוגל בתפיסה שמתפקידו של ההליך הפלילי לנסות לשקם עבריינים תוך טיפול בסימפטום הבעיה. כלומר, לעזור לו לעמוד על רגליו בכל ההיבטים של חייו (דבר אשר גם נותן לו תמריץ להודות במעשיו). הצוות שנרתם לעזור הוא: הסנגור, התובע, העובד הסוציאלי, השופט (בראש) וכו'. בהליך זה הנאשם מתייצב כל שבוע בביהמ"ש, עובר בדיקות, משתתף בפרוייקט חברתי וכו'.  **צדק מאחה**- שם דגש על נפגעי העבירה- מתמקד בצרכיהם, נותן להם לסגור מעגל ומאחה את שני הצדדים. הוא עושה לפני שיחות עם שני הצדדים ובהסכמתם מפגיש ביניהם מחוץ לכותלי המשפט. אם הצדדים מגיעים לפתרון שהולם בעיני השופט הוא נשאר. **הביקורות והתשובות-** *א) אין גמול* 🡨 איחוי= גמול/ לא רוצה לתת גמול/ נותן תועלת או גמול= משום שזוהי דרך להחזיר את הצדק על כנו. ב) *לא מרתיע מספיק* 🡨 ההרתעה טמונה בעבודה העצמית. ג) *לא מתאים לכולם* 🡨 יש לפנות להליך זה בשיקול.

**ההבדלים ביניהם-** בתי משפט קהילתיים מתמקדים בחברה והפוגע לא משלם על העבירה שהוא עשה, בעוד שצדק מאחה מתמקד בצדדים והפוגע משלם על מעשיו באמצעות השתתפות הקהילה בהתנדבות/ פיצויים וכו'.

* **טלי גל והדר דנציג – רוזנברג- "צדק מאחה וצדק עונשי: שני פנים למשפט הפלילי": צדק מאחה**: התייחסות לעבירה כפגיעה ביחידים ובמערכות יחסים – הדגשת הפן האישי והקונקרטי בביצוע הפשע. **הגישה העונשית**: עבירה כפגיעה מופשטת בערך חברתי מוגן. **המודל המוצע**: שילוב של שתי הגישות. המודל יכול לחול רק בהתקיים היסודות של שתי הגישות יחד. יסודות הגישה העונשית – יסודות עבירה פלילית נתונה ומבצע כשיר לשאת באחריות פלילית. יסודות הצדק המאחה – כאשר המבצע מודה, ויש הסכמה בין הפוגע והנפגע לקיום ההליך. **הגישה העונשית מול הצדק המאחה:**
1. הצדק המאחה התפתח על רקע אכזבה מהגישה העונשית. סיבות האכזבה: חוסר יעילות של הענישה בהפחתת עבריינות וכישלון לספק מענה לצרכי הנפגעים.
2. הבדלים בתפיסת העבירה: גישה עונשית – פגיעה בערכים חברתיים מוגנים. צדק מאחה – דגש על הפן האישי- פגיעה ממשית לנפגע הישיר.
3. הבדלים בתגובות לעבירה: השאלות במרכז הגישה העונשית- מי ביצע, האם התקיימו יסודות העבירה, מה העונש הראוי. השאלות המרכזיות בגישת הצדק המאחה- מי הנפגעים, מהם הצרכים הנובעים מהפגיעה, מי אחראי למילוי הצרכים.
4. הבדלים בהליך: הליך עונשי – חקירה, כתב אישום, הליך משפטי (הוכחות + גזירת עונש). הליך מאחה – יש כמה מודלים: גישור, היוועדות, מעגל. הם נבדלים זה מזה בהיקף המשתתפים ומידת התערבות הקהילה.
* יתרונות ההליך העונשי: פוטנציאל להוקיע מעשי עבירה ולהעביר מסר של גינוי והרתעה.

**ההסטוריה של דיני העונשין**

1. **התקופה העות'מאנית-** התחיל מהמשפט העות'מאני והקודקס שלו (1856).
2. **התקופה המנדטורית עד קום המדינה-** שינויים בחוק העות'מאני על ידי הבריטים. רק ב1936 הנציב הבריטי מחוקק חוק פלילי מנדטורי "פקודת החוק הפלילי".
3. **התקופה הישראלית מ1948 ועד ימינו-** ישראל קולטת את "פקודת החוק הפלילי" תוך חקיקת סעיפים שמתקנים ומבטלים חלקים בפקודה. ב1977 הכנסת מחוקקת מחדש את "חוק העונשין"- התשל"ז שהוא בעצם נוסח עברי מחודש של הפקודה. הוא מחולק לחלק מקדמי, חלק כללי א' (חדשים יחסית ונחקקו כדי לפתור בעיות) וחלק ב' הספציפי. לא נעשה מעולם הליך חקיקה מסודר שעבר באופן קוהרנטי מהסעיף הראשון עד האחרון כך שיהיה הרמוני. תיקון 39 לחוק העונשין היה הכי מרכזי ששינה את כל החלק הכללי והמקדמי והוא התקבל ב94'.

**עקרון החוקיות**

**עקרון החוקיות:** תיקון 39 לחוק העונשין אומר שההגדרה של האיסור והעונש חייבים להיות בחקיקה בלבד (יש לבדוק חוק לפני ואחרי 92') ושהחוק חייב להיות בתוקף בזמן ובמקום ביצוע המעשה מאחר והחקיקה הפלילית ידועה כפוגעת בזכויות רבות. הרציונלים בעקרון זה:

1. **תועלתני-** צופה פני עתיד- הכוונת התנהגות על ידי הגדרת התנהגויות אסורות.
2. **גמולני-** צופה פני עבר- הגינות, שוויוניות ומניעת שרירתיות מאחר והחקיקה פועלת מלכתחילה, ופסיקה פועלת בדיעבד, יכול להיווצר מצב אבסורדי של חוסר אחידות ואכיפה לא שוויונית של הדין משום שעונשים ייקבעו עפ"י שיקול דעתו של השופט.
3. **פגיעה בזכות הפרט-** ברירת המחדל היא שכל מה שלא אסור- מותר. לשם כך, עלינו להגדיר עבור הפרט מה אותו גבול חירות של רצונותיו והתנהגויותיו על מנת שיוכל למקסם אותו ולא לפחד שמא מעשיו עלולים לעלות לכדי עבירה פלילית ועל מנת שנצמצם את הפגיעה בזכויותיו.
4. **הפרדת רשויות-** אם עקרון זה לא היה קיים, השופט היה הופך למחוקק (חשין **באש"ד-** עוד לפני שעקרון זה עוגן).
* **ביקורת על עקרון החוקיות-** **מנהיים** גורס שהעיקרון מהווה גול עצמי- פושעים רק מחפשים פרצות בחוק כדי לפשוע. תשובה לביקורת- התועלת יותר גדולה מזה. \*\*\* כיום רשימת ההגנות הפליליות הינה רשימה פתוחה, מתוך רצון להיטיב עם הנאשם הקטן אל מול המדינה הגדולה, וזאת למרות שזה עלול לפגוע בשוויון (תלוי בשופט..).
* **ס' 2 לחוק העונשין-** המחוקק מאציל את הרשות המבצעת להתקין תקנות בתחום הפלילי אך הסמכות היא לא טוטאלית ומלאה בסייגים בשל האופי הדרקוני של דיני העונשין.
* **במידה ויש לאקונה בחוק/ הוא שותק לגבי סוגייה מסויימת-** לפי חוק יסודות המשפט- אם יש חוסר בפסיקה ולא ניתן לעשות היקש, "מכריעים לפי עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של המשפט העברי". ציטוט זה מחזק את העובדה שהדין הפלילי פוגע בזכויות האדם.

**א. בהירות החוק**

השאיפה היא שהחוק/ הקודקס יהיה ברור ורלוונטי עד כדי שביהמ"ש יצטרך להפעיל מינימום שק"ד ונטו יישום כדי לא לפגוע ברציונל הפרדת הרשויות של עקרון החוקיות. צריך לתקן סעיפים עם מושגי שסתום וסעיפי סל כדי להביא לאמון מלא של הציבור במערכת הפלילית (כך אדם ידע שלא עוצרים אותו סתם/ שהוא לא יכול לפשוע בלי שיעשו משהו בנידון).

**ע"פ אש"ד נ' היועץ המשפטי**: המערער הורשע בעבירה של עשיית מעשה העלול לגרום לידי "היזק ציבורי" (סע' 105 לפקודת החוק הפלילי). המערער הוא גוף שמספק שירותים של תחבורה ציבורית (אג"ד של היום).  **חשין:** זו עבירה בעייתית משום שהיא משאירה שק"ד לשופט לקבוע איזה מעשה נחשב עבירה לפי סע' זה. השופט קובע זאת **לאחר ביצוע המעשה**, וזה עובר על הכלל של "אין עונשים אלא אם מזהירים". אי אפשר לבטל את החוק, לכן אפשר רק לפרש בצמצום. הפירוש יעשה בכל מקרה לגופו ולא פרשנות אחת כוללת לכל המקרים. הוא מוכן לפגוע בשלל רציונליים של עקרון החוקיות ורק לא לבצע חקיקה שיפוטית.  **זילברג:** עבירה זו נוגדת שני עקרונות חשובים – שהמחוקק הוא היחיד בעל יכולת חיקוק, ושאין יוצרים עבירות חדשות מעבר לכתוב בחוק בצורה של פסיקה. ההצמדות לחוק הכתוב באה להגן על שוויון האזרחים בפני החוק. הדבר הרצוי הוא למחוק עבירה זו אבל זה לא אפשרי, לכן אפשר רק לצמצם את תחולתו על ידי מתן הגדרה לעבירה זו, הגדרה אחת כוללת לכל המקרים הבאים.

**דנ"פ מדינת ישראל נ' שבס:** ח"כ שמעון שבס הואשם בעבירות של מרמה והפרת אמונים ועמידה בניגוד עניינים בגין שתי פרשות (העתירה מתמקדת בהפרת אמונים). **ברק:** עבירת מסגרת, מקורה בסע' 140 לפקודת החוק הפלילי. היסוד העובדתי בה הוא "רקמה פתוחה", לכן גבול התחולה של האיסור הוא עמום. הפרת אמונים הוא מכשיר מרכזי במאבק על שמירת טוהר השירות הציבורי ולכן יש לפרש את יסודות העבירה על מנת להסיר את הערפול.
**חשין:** לעבירה תחום רחב המקשה לדעת אם מעשה מסוים נחשב הפרת אמונים. חשין משווה לעבירת ה"תקלה הציבורית" שהיה עדיף שלא הייתה קיימת בגלל הבעייתיות שלה, אך אומר שהפרת אמונים אינה אותו דבר. ראשית, הפרת אמונים מצומצמת יותר כי צריכה להיות חובה אפריורית שאחד יהיה חייב באמונים לשני. שנית, עבירת הפרת האמונים יותר ספציפית לעניין העבריינים שנכללים בה, תקלה ציבורית יכולה להיות עבירה פוטנציאלית של כולם, הפרת אמונים רק של עובד ציבור.

**ב.פרשנות**

**איך נכון לפרש נורמה פלילית סתומה?**

1. **פרשנות תכליתית-** **פס"ד מזרחי נ' מדנית ישראל**- מזרחי הוא אסיר ששוחרר לחפשה בביתו ל24 שעות שבסופן לא חזר לבית הכלא הוא מואשם בעבירת בריחה ממשמורת חוקית, כשהוא טוען שהוא לא ברח פיזית, אלא רק לא הגיע. לס' זה שני פירושים, אך **ברק** טוען שיש לבחור את הפרשנות שמשרתת את התכלית.
2. **פרשנות מצומצמת:**
* **בר-שלום נ' מדינת ישראל**- החנה את רכבו וקיבל קנס. מערער על כך. **אגרנט-** אומר שמשום שניתן להבין את השלט בשתי דרכים, אי אפשר להאשים את בר שלום ועל כן נאמץ את הפרשנות המצמצמת, שמקלה עמו. לפי ס' 34 כ"א רבתי (תיקון 39) זו הפרשנות כיום כשיש מס' פרשנויות שתואמות את התכלית.
* **פס"ד אהובה לוי נ' מדינת ישראל**- **קדמי-** אהובה נהגה עם אוזניה 1. בחוק רשום שאסור לנהוג "כשלאוזניו צמודות אוזניות". גם פירוש של אוזניה 1 וגם פירוש של 2 אוזניות ממלאות את התכלית ומכיוון שזה משתמע לשני פנים- נבחר בפרשנות המצמצת, שמקלה עמה. **ברק** מעביר על כך ביקורת- לא ייתכן שנהיה עבדי החוק ונלך אחריו באופן עיוור, הוא זה שצריך לשרת אותנו וצריך לפרש אותו בצורה שתתאים לערכים שלנו.
* **רע"פ קרופצקי נ' מדינת ישראל**- האם ישיבה במושב הנהג ברכב מונע כאשר האדם שיכור, נחשבת עבירה של נהיגה בשכרות? **שהם:** יש לתחום את היקפו של יסוד "הנהיגה". אין הגדרה לשונית למונח נהיגה, לכן יש לפרש לפי התכלית. התכלית המרכזית **בעבירות נהיגה** היא חשש לפגיעה בכושר הנהיגה ומניעת סיכונים. התכלית המרכזית **בעבירות נהיגה בשכרות** החשש הוא משיקול דעת פגום של הנהג. האם העבירה כוללת מצבים שבהם הרכב אינו בתנועה? תחילה נבדוק במשפט המשווה: בארה"ב ובבריטניה התשובה היא כן. השופט **שהם** מציע את "**מבחן השליטה האפקטיבית**"- היכולת לשלוט במנגנון התפעול והבקרה והשליטה ברכב (גם כשהוא עומד). בגלל הפגם בשיקול הדעת בשל השכרות, הוא עלול להעביר את הרכב ממצב סטטי לתנועה. **מבחן זה מאפשר לקבוע בנסיבות מתאימות כי בוצעה עבירה של נהיגה בשכרות, גם במצב שבו הרכב לא היה בתנועה**.

 **יסודות העבירה**

* **4 מרכיבים שצריך למצוא בעבירה:**
1. **המבצע-** לא בכל עבירה. עושה בעבירה כשיר לעמוד לדין.
2. **אובייקט העבירה-** לא בכל עבירה. הערך החברתי המוגן (ככל שחשוב יותר- היקף ההגנה גדול יותר).
3. **היסוד העובדתי-** ס' 18. מופיע בכל עבירה ויש לו 3 רכיבים/ פרטים:
4. **התנהגות-** אין עבירה פלילית ללא התנהגות- התנהגות= מחדל/ עבירה פאסיבית/ אקטיבית. כלומר, התנהגות חיצונית. לפי **Kadish & Schulhofer:Criminal Law and its process: Cases and Materials** הכרחי משום שאם זה היה תלוי במחשבות, כל אחד היה אשם. אי אפשר להעניש מישהו על משהו שעושים מרבית האנשים משום שאז זה לא מספיק אנטי חברתי. **דן כהן-** התנהגות היא דבר נשלט. **וויליאמס-** זה הבסיס המוסרי, יש תחומים שצריכים להיות חסינים מתחום המשפט, בעיקר הפלילי. בנוסף הוא טוען שלפעמים מחשבות פליליות בריאות כי רק כך אפשר להבין מה לא ראוי. **בלקסטון-** המחשבות לא מהוות בסיס ראייתי מספיק גדול.
5. **נסיבות-** רכיב אופציונלי מחוץ לתחום השליטה של הנאשם. הן לא תלויות בהתנהגות או בתוצאה והן צריכות להיות מנויות בעבירה. לדוג': "דבר", "שלא כדין", "עובד ציבור", "אדם", "בתפקיד" וכו'.
6. **תוצאה שנגרמה על ידי המעשה (קש"ס)-** רכיב אופציונלי. מזכיר תוצאה על ידי המבחן הכרונולוגי על ציר הזמן- היא תמיד נפרדת ומאוחרת מההתנהגות. דוג' לתוצאות: "קיבל", "נחבל" וכו'.
* **עבירות התנהגות:** לא קבועה בהגדרת העבירה דרישה של תוצאה.
* **עבירות תוצאתיות:** כוללות נוסף להתנהגות גם תוצאה (שבאה אחרי ההתנהגות). יותר קשה לתביעה להוכיח עבירה מסוג זה משום שהם גם צריכים להוכיח תוצאה בנוסף להתנהגות ולנסיבות (יסוד עובדתי)- קש"ס בין ההתנהגות והתוצאה (יס"ע) ולהוכיח כי הנאשם היה מודע גם לתוצאה (יסוד נפשי).
* **Meir Dan Cohen "The 'Actus-Reus' and Offences of Situation":** המשפט הפלילי נוהג להכווין התנהגות, לכן הרצון של הפרט הוא אלמנט מרכזי, ללא רצון אין מעשה פלילי ואנחנו יוצאים מתחומי המשפט הפלילי. לא תמיד רצון מספיק, יש צורך בנסיבות ובהשלכות. **חשוב: המבחן לבחינת הנסיבות הוא הוא "מבחן הידיעה"- אם הנסיבות היו ידועות או סביר שהיו ידועות בזמן המעשה. מבחן ההשלכות הוא מבחן הצפיות- אדם צריך לדעת מה התוצאה הסבירה שתקרה בעקבות ביצוע המעשה בכדי שיירתע.**
* **ע"פ אלבה נ' מדינת ישראל:** **מהו היסוד העובדתי של עבירת פרסום דבר המסית לגזענות?** המערער הוא מורה הלכה שהואשם בהסתה לגזענות בגין מאמר בנושא "בירור הלכות הריגת גוי". **דעת המדינה-** גם אם התוכן לא גזעני אבל פורסם במטרה להסית לגזענות. **דעת המערער-** רק אם התוכן פלילי. אי אפשר להעניש רק על סמך הכוונה, וכן יש להישמר מפגיעה בחופש הביטוי.  **מצא:** ליסוד העובדתי של העבירה שני רכיבים: הרכיב ההתנהגותי – "מפרסם", והנסיבתי – "דבר". מצא מעדיף את דעת המדינה. תכלית החוק היא למנוע פרסום **שמטרתו** הסתה לגזענות. הפרשנות הזאת פוטרת את ביהמ"ש מלדקדק בתוכן הפרסום, וכן לא מצריך את ביהמ"ש לנקוט עמדה ערכית בשאלות של דת אמונה וכו'.  **ברק:** מעדיף את הפרשנות השנייה. **שיקול ראשון**- שלא יצא שמענישים על דברים שבלב מה שמגביל את חירות הפרט. **שיקול שני**- לא לפגוע בחופש הביטוי מעבר למידה הדרושה. ברק משאיר בצ"ע את השאלה אם חלק מהיסוד העובדתי צריך להיות הסתברות כלשהי לפגיעה באינטרס ציבורי (לפי מצא אין צורך)..
**גולדברג:** מסכים עם ברק. זו הפרשנות המתיישבת עם תכלית החוק, ואף שהפרשנות של מצא אפשרית, **יש לבחור בפרשנות המיטיבה עם הנאשם.**
* **רע"פ כהנא נ' מדינת** **ישראל:** כתב אישום נגד המערער על עבירה של איומים (סע' 192), איומים באמצעות מכתב ואיומים בטלפון. האיומים בטלפון נעשו כשהנאשם היה בגרמניה והמאוים היה בישראל, לכן המערער אומר שלא חל עליו חוק העונשין. **ברק:** אם חלק מהיסוד העובדתי של העבירה נעשה בישראל (קליטת האיומים), יחול חוק העונשין. השאלה היא אם קליטת איומים הם חלק מהיסוד העובדתי. ליסוד העובדתי רכיב התנהגותי – "המאיים", ורכיבים נסיבתיים – "על אדם", שלא כדין" וכו'. יש גם יסוד נפשי – "בכוונה להפחיד". הרכיב הנסיבתי "על אדם" מחייבת קליטה של האיום לכן קליטת איום היא חלק מהיסוד העובדתי שנעשתה בישראל, על כן יש תחולה של חוק העונשין.
* **מדינת ישראל נ' חורי**: נהרג עובר. "הגורם ברשלנות למותו של אדם דינו מאסר 3 שנים". עובר לא שווה אדם= נסיבות. במחוזי אין הרשעה אך יש ערעור בעליון ושם מרשיעים. **ג'ובארן** מביא 2 נימוקים: **1.** תוצאה= "מותו של אדם" (אפשרות של פלר). אם כך, יותר מאוחר העובר הופך לאדם והתוצאה תמיד באה אחרי ההתנהגות ועל כן יש להרשיע. החשש של ג'ובראן הוא שניתוח זה גורם לבעיות באבחון רכיבי העבירה. **2.** נסיבות צריכות להתקיים בזמן ההתנהגות (הגרימה למוות ברשלנות צריכה להיות בזמן שהוא אדם) באופן עקרוני אך יש חריגים. מדובר בעבירה מגנה על חיים ולכן נאמץ פרשנות רחבה יותר שאומרת שהנסיבות "אדם" מאפיינות את התוצאה ולא את המעשה ועל כן יכולה להתקיים גם במועד מאוחר יותר (על פי ס' 34 כ"ד שאומר שהפרשנות היא דו שלבית ועל כן צריך לבדוק איזו פרשנות מגשימה את התכלית).
1. **היסוד הנפשי-** ס' 19-21. קובע את חומרת העבירה (לכן נמצא בעקרון ההלימה). הוא חבוי בנפש הנאשם- מצב תודעתי מנטלי ("ידע", "במכוון" וכו') אשר משקף את היחס הנפשי השלילי לכל אחד ממרכיבי העבירה. אין אשם בלי יסוד זה. עקרון האשם מחולק לשני מופעים:
2. **אין עבירה ללא אשמה-** האחריות הפלילית מותנית בקיום מצב מנטלי אסור. המשפט המודרני מכיר ב2 סוגים של יסודות נפשיים (הרחבה בהמשך): **1) סובייקטיבי- מחשבה פלילית. 2) אובייקטיבי- רשלנות.**
3. **נדרשת התאמה בין היקף האחריות ומידת האשמה לבין המעשה שאדם עשה.**
* אם עבירה אחת בולעת את כל היסודות של עבירה אחרת, ומוסיפה עליה משהו, אז נרשיע בעבירה זו- העבירה המיוחדת/ הספציפית יותר. אם מדובר ב2 עבירות שלא חופפות לגמרי- נרשיע ב2 העבירות משום שכל עבירה מחסה ערך חברתי מוגן אחר.
* **עיקרון הסימולטניות/ מזיגה:** היסוד הנפשי והעובדתי הם יסודות מצטברים. בפס"ד **ג'מאמעה נ' מדינת ישראל** עיקרון זה חורסם- הנאשם הכה את המנוחה ולאחר שחשב שמתה זרק אותה לבאר. מסתבר שהיא מתה כתוצאה מטביעה/ התייבשות בבאר ולא מהמכות. **לנדוי**: הייתה מחשבה פלילית להרוג לאורך כל הפעולות שהוא עשה (יסוד נפשי זהה ויסוד עובדתי שונה). כל הפעולות נעשו ברצף ואין הבדל אם התוצאה קרתה מאוחר או מוקדם יותר ממה שחשב. איך צורך לצפות את דרך קרות התוצאה.

**מחשבה פלילית + רשלנות + אחריות קפידה**

**ס' 19 אומר שאדם מבצע עבירה פלילית רק אם עשה אותה במחשבה פלילית או ברשלנות או באחריות קפידה:**

**הרחבה רשלנות- ס' 21:**

כשהנאשם לא מודע לטיב המעשה/ קיום הנסיבות/ אפשרות גרימת התוצאה (הגורמים לא מצטברים, מספיק אחד), **מקום שאדם מן היישוב** (=האדם המלאך, הרצוי, המושלם ולא המצוי) היה צופה זאת (מבחן אובייקטיבי)- בכך מתבטא האנטי חברתיות של הרשלן (כביכול בחר לא לשים לב, מקום בו אדם מן היישוב יכול היה לשים לב). כלומר, קיים פגם מוסרי בהתנהגות שמצדיק הפללה וענישה אך אין יסוד אחריות מוחלטת. רשלנות היא סוג של אשמה. רשלנות היא יסוד נפשי שהוא חריג, משום שברירת המחדל בפלילים היא שנדרשת מחשבה פלילית, ועל כן כדי שתהיה הפללה ברשלנות, צריכה להיות לכך הוראה מהמחוקק.

* בשל הקושי בהוכחת הראיות ברשלנות, קיים סף הוכחה נמוך יותר במקרה של וודאות שאינה מספקת להפללה בעונשין.
* "העושה נטל סיכון בלתי סביר להתרחשות התוצאה או לגרימת הסכנה כאמור"- **הדרישה לסיכון סביר**- ביהמ"ש יבחן את העלות מול התועלת: מהו הערך של המעשה לעומת המחיר שמשלמים בגינו. לדעת **טייכמן** זהו מבחן מצטבר למבחן הצפיות אך ביהמ"ש מערבב בין השאלות. יש הטוענים שהמבחנים חופפים משום שאם הסיכון הוא כ"כ לא סביר, כנראה שהאדם סביר היה מזהה את הסכנה הצפויה בו. ויש הטעונים שיהיו מקרים בהם אחד יתקיים ואחד לא.
* גם **שאלת הצפיות בכוח** נהפכה לשאלה נורמטיבית- במקום לבדוק את השאלה סטטיסטית, השאלה נבחנת כראות עיניהם של השופטים.
* **עד כמה בחינת המודעות האובייקטיבית צריכה לקחת בחשבון את תכונותיו האישיות של הנאשם הספציפי?** קיימות מספר גישות:
1. מודל של רשלנות אובייקטיבית- מה האדם הסביר היה צריך להיות מודע לו במנותק מתכונותיו של הנאשם הספציפי (חוץ ממקרים שממש דורשים זאת כמו למשל בבחינת ידע של בעלי מקצוע). **בעייתיות:** כאשר עומדים לדין אנשים שהם מתחת לממוצע ואז מתעוררת תחושה של חוסר צדק מכיוון שמציבים להם רף התנהגות שהם לא יכולים לעמוד בו. **פתרון שהוצע ולא התקבל:** אחרי תיקון 39 **קרמינצר** הציע לפרש את המילים "בנסיבות העניין" באופן סובייקטיבי. כך שלאחר שנבחן את תכונותיו של האדם שעומד לדין ביחד לתכונות של האדם הסביר, נבדוק אם הוא עומד באותו רף סטנדרטי.
2. מודל של רשלנות סובייקטיבית- ע"י שיטת המשפט הגרמנית. לא נצפה מאדם לצפות דבר שהוא לא יכול לצפות בעצמו. אחרת, זה מתרחק מעקרון האשמה.-**בפס"ד פטרסון**- אם מנעה מבנה מים כדי לגמול אותו מלהרטיב במיטה ולבסוף הוא מת מהתייבשות. בשפט התברר שיש לה אייקיו של 61 (נמוך מאוד). על אף זאת, האמריקאי בחנו לפי האדם הסביר והממוצע, לא לאדם בעל אייקיו זהה לשלה, והרשיעו אותה.
* **ביקורות על רשלנות:**
1. **קיידיש ושלהופר**- אדם לא מודע ולא בחר במעשה שלו אז לא ניתן להאשים אותו.
2. ענישה בדיעבד שהרי האדם לא מודע לתוצאה שתהיה למעשיו והוא מגלה ע"כ רק בדיעבד תחת התירוץ שאדם מן היישוב היה יכול להיות מודע אליה.
3. חוסר הגינות- שהרי טבע האדם הוא למעוד ומידי פעם הגיוני שנהיה רשלנים. הדבר בלתי נמנע.
4. אין הרתעה- שהרי הרשלן לא מודע לתוצאה שעלולה להתרחש או לאפשרות שניתן להעניש אותו.
5. הרתעת יתר- אנשים יחיו בפחד שכן כל מעשה שלהם עלול להוביל לתוצאה שתוביל להפללה.
* **פתרונות של ריסון הרשלנות:**
1. הרשלנות תתקיים רק בעבירות ספציפיות הקבועות מראש אשר מגנות על ערך חברתי חשוב.
2. העונש בגין רשלנות יהיה עד 3 שנים.
* **ע"פ היועץ המשפטי נ' בש**- שני פעוטים מצאו מותם בחניקה לאחר שנכנסו למקרר ריק שעמד בחצר ביתם ודלת המקרר נסגרה מאחוריהם. המחוזי זיכה את המשיב (בעל המקרר) מהריגה ברשלנות לאחר שהנאשם טען שהאדם הסביר מתבטא במבחן סטטיסטי והביא עדים רבים שטענו שגם הם לא היו צופים את התוצאה. השופט כהן: בודק לפי הצפיות בכוח. השאלה היא האם מה שקרה היה בגדר צפיותו הסבירה של המשיב. הצפיות צריכה להשתרע לא רק על האפשרות שמישהו יכנס למקרר, אלא גם לאפשרות שהדלת תיסגר. השופט מגיע למסקנה שבמקרר כזה שמונח ללא השגחה בחצר מושך את הילדים לשחק בו ולכן כל פגיעה בגינו הוא בגדר הצפייה הסבירה. הוא הורשע בשל הדגש על מידת הזהירות שראוי שאנשים יפעלו לפיה.
* **ע"פ צור נ' מדינת ישראל**- שישה נערים מצאו את מותם בשיטפון במהלך טיול בנחל דרגות. המדריך ואחראי הגרעין מואשמים בגרימת מותם ברשלנות. **השופט ויתקון:** ביהמ"ש השלום זיכה את המערערים משום שכדי להרשיעם צריך חמישה תנאים מצטבריפ: 1. שהמערערים היו אחראים לביטחון המנוחים. 2. אדם סביר היה צופה, במידה הגיונית וקרובה לוודאי, את השיטפון. 3. שאם זה היה צפוי, המערערים היו צריכים לנקוט אמצעים סבירים כדי להימנע מכך. 4. שלא נקטו באותם אמצעים. 5. שכתוצאה מכך נגרם האסון. לדעת ביהמ"ש השלום היסוד השני, הצפיות, לא התקיים. השופט ויתקון מסכים. לא די בכך שאפשר לצפות את הסכנה, יש לשאול אם סביר היה בכל הנסיבות, להימנע מפעולה היוצרת את הסכנה.
* **ע"פ יעקובוב נ' מדינת ישראל**- אישה קפצה אל מותה לאחר שבעלה היכה והתעלל בה. הוא הואשם בגרימת מוות ברשלנות. הבעל טוען שההתאבדות שלה היא לא צפויה ומנותקת קש"ס משפטי. **דורנר:** **סבירות הצפיות נקבעת על ידי ביהמ"ש.** הצפיות הסבירה משקפת את יכולת הצפייה של **האדם מן הישוב**, להבדיל ממודעותו. אמנם, הצפייה הסבירה אינה מנותקת מיכולת הצפייה של העושה.
* **רות קנאי-** האם תיקון 39 הביא לשינוי בקנה המידה לבדיקת הרשלנות? כדי לענות על כך נבחן 2 שאלות: 1. האם יש הבדל בין האדם הסביר לבין אדם מן היישוב? על אף שהאדם הסביר מהווה מבחן נורמטיבי, אותו קובע ביהמ"ש והאדם מן היישוב הוא אובייקטיבי ולא נורמטיבי, למעשה, הפסיקה קבעה כי אין הבדל בין המבחנים. 2. האם מתחשבים בתכונות האישיות של הפועל? ניתן לראות במשפט המשווה כי ישנה התחשבות בתכונות מסוימות. השאלה היא באילו תכונות נכיר ובאילו לא, על מנת לשמור על האובייקטיביות של המבחן.

**הרחבה דרישה למחשבה פלילית:**

ס' 20 מהווה הגדרה למחשבה פלילית= **מודעות סובייקטיבית** לטיב המעשה, קיום הנסיבות (למשל החפץ שאני גונב שייך למישהו אחר) ואם זו עבירה תוצאתית- אז מודעות **לאפשרות** (מאוחר לביצוע) גרימת התוצאות. מודעות היא ברירת המחדל מקום בו לשון החוק שותקת.

* לעיתים אנו עושים דברים בהכרה מלאה אך לא מודעים באופן מלא לנעשה (למשל עושים פעולה מסויימת ולאחר מכן מופתתעים שעשינו אותה מכיוון שדעתנו הייתה מוסחת).
* **Ashworth:** לפי הגישה הליברלית יש לוודא שלאדם הנושא באחריות פלילית הייתה **אוטונומיה** והוא יכל להימנע מההתנהגות האסורה ובכל זאת בחר להתנכר לערך חברתי מוגן. **Kadish & Sholohofer:** מסכימים עם **Ashworth** עם הבחירה אך לא עם זה שהאשמה חופפת למודעות- יכולים להיות מצבים של אשמה שאין בהם מודעות: **אשמה פלילית במובן הצר=** מדובר ברמת המודעות של האדם למעשה. **במובן הרחב=** יכול להיות מקרה שבו יש מודעות מוחלטת אך לא תהיה אשמה (הגנה עצמית/ כורח). **יש לכך סייג- דוקטרינת "כניסה למצב בהתנהגות פסולה"-** למשל אם אתה זה שהכניס את עצמך למצב של קטטה/ שכרות וכו'.
* **בנוגע לעבירות התוצאתיות החוק יוצר מדרג נורמטיבי מבחינת האנטי חברתיות של היסוד הנפשי החפצי:**
1. **כוונה:**
* רק בעבירות תוצאתיות:
* לפי **פלר-** יסוד נפשי המשקף רצון פוזיטיבי לכך שהתוצאה תקרה (+) - בחירה לגרום לתוצאה. ומשום כך בכוונה קיימת הכי הרבה אנטי חברתיות ואשמה מוסרית.
* **קרמיצר**- יש להוכיח שהאדם לקח סיכון בלתי סביר כדי להפלילו. דרישה זו לא עוגנה בחוק מכיוון שהיא מכבידה על ההליך המשפטי (יש להוכיח בצורה פוזיטיבית) וממילא האדם רצה לפגוע בערך המוגן מתוך סיכון בלתי סביר. אמנם **קוגלר** טוען במקרה של כוונה- הפעולה נתפסת ככ"כ בלתי חברתית ולכן לא נדרש סיכון בלתי סביר.
* כוונה יכולה להופיע בחוק גם במילים כמו: "לשם", "כדי" וכו'. בנוסף, לעיתים מילים אלו יהיו מכוונת לנסיבה ולא יהיה מדובר בכוונה. לדוג': מפרסם פרסום שיש בו כדי לפגוע פגיעה גסה באמונתם או ברגשותיהם הדתיים של אחרים".
* **נראה עבירת של כוונה בשני הקשרים:**
1. צורות מוחמרות לעבירות קיימות בגלל שיש בהן יסוד של כוונה. לדוגמא: **ס' 113- (ג)** – "מי שהשיג, אסף, הכין, רשם או החזיק ידיעה סודית כשאינו מוסמך לכך, דינו - מאסר שבע שנים; התכוון בכך לפגוע בבטחון המדינה, דינו - מאסר חמש-עשרה שנים". אם האדם מזוכה על הסיפא, כי אין לו כוונה, עדיין ניתן להענישו על רישא.
2. עבירות בסיס- אם לא התקיים היסוד של הכוונה, העבירה לא תשתכלל כלל. יהיה ניתן במקרה כזה לייחס לו אחריות לעבירה מקבילה שלא דורשת יסוד שכזה.
* **מדוע לא נסתפק בפזיזות ונרצה לראות כוונה? לפי ספרו של קוגלר:**
1. יש מקרים או סוגים של התנהגויות שהאנטי חברתיות בהן נובעת מהיסוד הנפשי.
2. המשפט הפלילי ככלי שיורי- נזקים "בדרגת ביניים" יצדיקו התערבות של משפט פלילי רק במקרים חמורים יותר בהם נדרשת הכוונה (בשל האופי הדרקוני של המשפט הפלילי). אחרת, ענפי משפט אחרים יטפלו בהם.
3. כשהפללת המעשה פוגעת בערך חברתי ניזהר יותר ונוסיף יס"נ חפצי של כוונה. למשל **פס"ד אלבה** (פירוט בעמ' הבא).
4. **פזיזות (חלוקה שנעשתה בתיקון 39):**
5. **אדישות-** מצב נפשי ניטרלי (0) המהווה שוויון נפש לאפשרות גרימת התוצאה. באדישות לא קיים יסוד הבחירה (**מאמרו של יצחק קוגלר**). במידה והנאשם לקח סיכון סביר- הוא לא יופלל ולהיפך (לא עוגן בחוק). ככל שההסתברות לקרות התוצאה היא גבוהה יותר, נצטרך להוכיח לה תועלת גבוהה יותר בכדי לטעון שמדובר בסיכון סביר (**קרמיצר** (דעת רוב)).
6. **קלות דעת-** יחס נפשי נגיטיבי (-). הנאשם צפה את קרות התוצאה אבל קיווה שהיא לא תקרה. במידה והנאשם לקח סיכון סביר- הוא לא יופלל ולהיפך. ככל שההסתברות לקרות התוצאה היא גבוהה יותר, נצטרך להוכיח לה תועלת גבוהה יותר בכדי לטעון שמדובר בסיכון סביר.
* **שפירא- ניתן לראות את הטיפוסים הפועלים בקלות דעת בשני אופנים:**
1. אחוז קטן מקלי הדעת- ידיעה בוודאות כמעט מעשית את קרות התוצאה הקטלנית ("מהמר מטורף"/ "איוול מוחלט")
2. רוב קלי הדעת- מודעות חלקית. אנשים שפועלים מתוך ידיעה על סיכויי הסתברות הדברים, אך אין להם עיבוד והפנמה לגבי אותו מידע. שפירא מחלקת את המודעות לשניים בטענה שהחוק לא נותן לנו אופציה של מודעות חלקית, למרות שלרוב קלי הדעת קיימת רק מודעות חלקית: 1) **רוחב המודעות-** מידת צפיית ההסברות לקורת התוצאה. כלומר, האדם צפה אפשרות שמשהו יקרה, הוא מקווה שהוא לא יקרה ומחליט לפעול. 2) **עומק המודעות-** מידת הריכוז/ היסח הדעת= עד כמה האדם מפוקס למה שקורה מסביבו.
* **במאמר של שפירא-אטינגר** נטען כי קלות דעת מביאה ליותר אמפתיה מאדישות משום שיש רצון לכך שהתוצאה לא תקרה. ועם זאת, במאמר עולה השאלה כיצד יתכן מצב בו אדם בוחר בפעולה שתוביל אותו לפעולה שהוא לא רוצה בה. הם טוענים שהמצב ייתכן אם מתייחסים גם לעומק המודעות (=מידת הריכוז, היסח הדעת, ההפנמה לגבי התוצאה) ולא רק לרוחב.
* **בניתוח עבירה-** אם העבירה שותקת (לא רשום רשלנות או יסוד נפשי של כוונה) נוכיח קלות דעת.
* **כיצד נבדיל בין רשלנות לקלות דעת (רוב הדיון במשפט הגרמני מכיוון שרף המחשבה הפלילית אצלם גבוה יותר)?** שכן ניתן לומר שאם מכחישים את המידע שיודעים הדבר נכנס בגדר חוסר ידיעה. עם זאת, ברשלנות לאדם אין את המידע כלל ולכן הוא לחלוטין לא יכול לצפות את התוצאה. **פס"ד מגידיש נ' מדינת ישראל**- המערער פגע בהולכת רגיל במעבר חציה כאשר נסע במהירות גבוהה בהרבה מהמותר. **אנגלרד:** כיצד מבחינים בין עבירה של קלות דעת לרשלנות? השאלה היא אם קיימת דרישה למודעות. יש עבירות בהם יש חזקת מודעות משום שהאדם מודע לסיכון שהוא יוצר על ידי התנהגותו, גם אם הוא לא מודע לאיך האירוע יתגלגל. בנסיעה במהירות כזו גבוהה חזקת המודעות קיימת ולכן התקיים היסוד הנפשי של קלות דעת.
* **לפני תיקון 39- פס"ד דויטש-** אדריכל שיצא עם פועליו לחצוב אבנים למרות שהזהירו אותו שהמקום לא יציב בגלל שיקול כלכלי והנחה "שלו זה לא יקרה"- חוסר רציונאליות. אך אכן קורת מפולת ושניים מעובדיו נהרגים. כיום אנו מודעים לכך שזהו מצב קלאסי של "קלות דעת", אך **שפירא**, לפני תיקון 39, קראה לזה "הימור מטורף"/ "איוולות מוחלטת".
* **עבירות מטרה:** ביצוע מעשה מתוך מטרה אשר התגשמותה אינה מתחייבת מיסודות העבירה. עבירה מסוג זה תיתכן גם בעבירה התנהגותית (גם אם היעד בסופו של דבר לא הושג אך הייתה הכוונה) וגם בתוצאתית:
העושה X בכוונה לגרום ל Y - עבירת מטרה התנהגותית.

העושה X וגורם לY בכוונה ל - עבירה תוצאתית שכוללת רכיב נפשי של כוונה.

העושה X בכוונה לY וגורם לZ - עבירת מטרה תוצאתית, בה ביחס לתוצאה שנגרמה בפועל נדרש יסוד נפשי של קלות דעת, כי החוק שותק לעניין תוצאה זו.

**הלכת הצפיות (שוני בין כוונה למטרה)- ס' 20 (ב):** במקרים שבהם אדם לא רצה שתוצאה מסוימת תקרה (פזיזות), אלא הוא צפה את האפשרות שהיא תקרה ברמה גבוהה למדי (רק אם יתרחש נס היא לא תקרה). בנסיבות המתאימות, די בצפיות גבוהה למדי של התרחשות המטרה. למשל לא צריך להוכיח שהפרעתי לציבור, אלא שהייתה לי מטרה להפריע.

* **רקע:** נחשפה בארץ פרשה חמורה בה פרופ' לפיזיקה מכר מידע מסווג לסוכנים צ'כים תמורת תשלום. ביהמ"ש פסק שכשאר הצפיות כה גבוהה יש לטעון שהיא שקולה לכוונה. זוהי שקילות ערכית- לצפות משהו כאפשרות קרובה לוודאי ולפעול כך, זה כמו כוונה לפעול למרות שמכירים בפגיעה שתקרה בערך החברתי המוגן. בתיקון 39 מעגנים את הלכת הצפיות שהופכת לכלל.
* **פלר** טוען שצפיות שקולה לכוונה. אך הוא טוען כי יכולה להתקיים בעייתיות בעמדה זו משום שבצפיות אין רצון ושאיפה שהתוצאה תתגשם. הוא מסביר תופעה זאת בכך שהמחוקק אומר שכשהוא דורש כוונה הוא דורש אשמה מוסרית גבוה יותר, ובצפייה בהסתברות גבוהה יש אשמה מוסרית זהה לזאת של כוונה. **קגלר** חולק עליו וטוען שאין שקילות בין השניים משום שגם בכוונה יכולה להיות צפיות ברמה גבוהה. **פלר** יענה שיש להשוות לרמה המינימלית של שני המצבים. המחוקק מקבל את עמדתו של פלר וקובע שלא קיימת שקילות, אך ניתן להשוות ביניהן (**ממאמרו של יצחק קוגלר**).
* **פס"ד אלגד נ' מדינת ישראל-** שוטר בתפקידו עבד במועדון ללא היתר ונקלע לקטטה. בביהמ"ש טען שהוא לא היה במועדון בכלל מחשש שיפטרו אותו. הוא מואשם בשיבוש הליכי משפט. הנאשם טען שהוא לא התכוון לשבש הליך משפטי אלא רק עשה זאת מחשש שיפוטר. הדיון: הנאשם צפה בהסתברות גבוהה שישבש בכך הליכי משפט אף אם לא התכוון לכך – **האם יש הלכת צפיות בעבירות מטרה התנהגותיות הדורשות כוונה?** **בייניש:** מאמצת גישה גמישה ולא חד משמעית. מצד אחד המחוקק לא יצר הסדר שלילי לגבי החלת הלכת הצפיות על עבירות מטרה אך מצד שני זה גם לא מחייב. **נבחן כל מקרה לגופו בהתאם לתכלית של כל עבירה ולפי שיקולי מדיניות.**
* **פס"ד ביטון נ' סולטן-** סע' 6 לחוק לשון הרע קובע שיש צורך להראות "כוונה לפגוע". **האם ניתן להחליף כוונה זו בהלכת הצפיות?** **ברק:** "כוונה" מתייחסת לתוצאות, אך כאן מדובר בעבירת מטרה התנהגותית שבה התוצאה היא לא חלק מהיסוד העובדתי (מכביד על הנאשם). על כן, כדי להקל עם הנאשם, דרישת הצפיות לא תחול. אם מהפרסום עצמו תוכח כוונה מעבר לספק סביר- זה יבסס את דרישת היסוד הנפשי של העבירה. בנוסף, הלכת הצפיות לא תחול על לשון הרע משום שזה מגביל את חופש הביטוי באמצעים פליליים.
* **עצימת עיניים:** **קריטריונים:**
1. **חשד ממשי (הרף הראשוני)+ הימנעות מבירור-** על פניו כדי להוכיח מחשבה פלילית יש להוכיח מודעות של הנאשם לכל אחד מרכיבי היסוד העובדתי. החידוש בס' 20(ג) 1 הוא שהמחוקק קובע חזקה נוספת על פיה חשד ללא בירור שקול למודעות באנטי חברתיות שבו. דהיינו, מקום בו אדם חושד בדבר טיב ההתנהגות או בדבר אפשרות קיום הנסיבות ונמנע מלבררם ובכל זאת פועל, ובמילים אחרות- עוצם עיניו, **ייראה כאדם המודע** לפי ס' 20(א). דרישת הבירור קובעת **רף כניסה נמוך יותר לעולם המחשבה הפלילית** כדי "לסתום פרצות" ומכבידה עם הנאשם.
* **"חשד"-** לא הוגדר בחוק, אך בפסיקה נראה כי חשד= סביר (רק אחרי תיקון 39. לפניו היה צורך בחשד ברמה גבוהה דבר אשר היה קשה להוכיח), אמיתי ורציונלי, כזה שיש לו יסוד ואחיזה במציאות.
* **במידה ואדם בירר והגיע למבוי סתום/ היה צריך לבצע עבירה בשביל הבירור/ לא היה לו תנאים לברר-** אין תשובה חד משמעית וכל מקרה לגופו. אך לרוב, לפי הפסיקה לא נחיל את דוק' עצימת עיניים במקרים אלו.
1. **קוגלר-** מביא דוג' על רכישת חנוכייה עתיקה בחו"ל שאמורה להיות יקרה, אך מוכרים אותה בזול ואין דרך לברר האם היא גנובה או שלא. גישתו של קוגלר היא לא הגישה שהתקבלה בפסיקה אך היא דנה ב"מבחן הסיכון הסביר". הוא טוען שהשאלה הרלוונטית איננה האם הייתה אפשרות בירור, אלא האם האדם שחשד נטל סיכון סביר או סיכון בלתי סביר במעשה שביצע. זה תלוי בהסתברות- איזון בין נזק ותועלת (מה הערך החברתי המוגן? מה התועלת שתופק מן המעשה? מה מידת החשד? היה קל או קשה לברר?). עצימת עיניים לא תחול מקום בו הסיכון שנטלת הוא סיכון סביר על סמך השיקולים דלעיל.
* **ביקורת על גישה זו-** פוגעת בעיקרון החוקיות, שכן מי קיבע אם השיקול דעת שהתגבש בעת נטילת הסיכון היה סביר הוא ביהמ"ש בדיעבד. דבר אשר ידכא לקיחת סיכונים סבירים (ההפך מהמטרה).
* **החוק מתייחס למעשה ולנסיבות בלבד** משום שהתוצאה מתרחשת מאוחר יותר למעשה, אם בכלל, ואפשרות גרימת התוצאה כבר באה לידי ביטוי בס' 20 א'.
* מקום בו נכתב **"יש לו יסוד להניח"-** הכוונה היא לעצימת עיניים (לעומת **"היה עליו להניח"** שמשקף רשלנות).

 **אחריות קפידה- ס' 22:**

המושג שהשתמשו בו לפני תיקון 39 היה "אחריות מוחלטת". "אחריות מוחלטת" היא מושג שמגלם את הרעיון **שמספיק שאדם מקיים רק את היסוד העובדתי בכדי לייחס לו אחריות פלילית (ללא בדיקה של היסוד הנפשי).** הדוקטרינה הזו אומצה מהמשפט המקובל- האנגלי, **והפסיקה הייתה קובעת באילו עבירות יש להחיל אותה כדי להקל על התביעה** (בעיקר בעבירות קלות שתפקידן להעלות את רמת הזהירות כמו בנייה ותעבורה).

**עולה ביקורת:**

1. פוגע בעיקרון האשמה (**פס"ד גדיסי**- ברגע שהוא יוצר מהמוסך מתיקון פנס רכבו, הוא נפגע שוב פעם והוא נתפס על ידי המשטרה והורשע).
2. מתנגש עם עקרון החוקיות.

על כן, **גור אריה-** טוענת שיש לבטל את הדוקטרינה הזו, בעוד **שקרמינצר ופלר-** היו בעדה, אך דרשו ריכוך מסוים. (**פתרון**:) על כן, הפכו את המושג ל"אחריות קפידה"- לפיו יש לנאשם פתח מילוט-> נטל ההוכחה עובר לנאשם- עליו להוכיח שהוא פעל ללא אשם- פעל בשגגה ועשה כל שביכולתו כדי למנוע את העבירה (אחריות מוגברת- נצטרך להראות כי הוא נקט באמצעים מיוחדים וסבירים), ואז הוא יכול להיות פטור מאשמה. ואולם, אין בהוראות סעיף קטן זה כדי לבטל את האחריות בשל עבירות שחוקקו טרם כניסתו לתוקף של חוק זה ונקבע בדין שאינן טעונות הוכחת מחשבה פלילית או רשלנות (לגבי מעמדן- יש הטוענים שהן יישארו עבירות של "אחריות מוחלטת" מטעמי כבוד לקביעותיהם הקודמות של ביהמ"ש, ויש הטוענים שלא נוכל לאמץ עבירות של אחריות מוחלטת כיום- עלינו ליישר קו עם ס' 22 והן יהפכו לעבירות של "אחריות קפידה" (זו הגישה המקובלת)).

**עולות שתי שאלות (נוספות- חוץ משאלת המעמד) מתיקון החוק:**

1. **מה קורה לגבי אותן עבירות מלפני התיקון שביהמ"ש קבע לגביהן בפסיקה שהן עבירות של אחריות קפידה- האם הן יהפכו לעבירות אחריות מוחלטת (שלא קיימת יותר) או שהן יהפכו לעבירות של אחריות קפידה?** יש 2 גישות אך הגישה המקובלת היא שהן יהפכו לעבירות קפידה.
2. **מה לגבי עבירות שלא נקבע לגביהן כלום לפני תיקון 39?**
* הגישה המצמצת- מה שלא נקבע בעבר, לא נוכל להוסיף. כעת על המחוקק לתת עליהן את דעתו (מגישה זו הנאשם ייהנה).
* הגישה המרחיבה (**פס"ד אורן בנגב מתכות בע"מ**)- ניתן לפסוק שהעבירה היא עבירה של אחריות קפידה אם באופייה היא כזו (גם כשזה לא כתוב במפורש וגם לאחר התיקון-> לפי ברק. לפי קדמי- רק בפסיקה שקדמה לתיקון 39).
* גישת הביניים- במידה ויש עבירה מסוימת שלא נגעו בה אך יש לה אופי של אחריות קפדיה ויש עבירה שמאוד מאוד דומה לה באופייה, ניתן לסווג אותה כעבירה של אחריות קפידה.
* **פס"ד לקס נ' מ"י**- מנהלי תאגידים הורשעו באי העברת מס ונגזר עליהם עונש מאסר. **המערערים:** ההרשעה הייתה בגין עבירות של אחריות קפידה ובהתאם לס' 22 (ג), עבירות אלו אינן כרוכות בהטלת עונשי מאסר, אלא אם הוכחו מחשבה פלילית או רשלנות, ואלה לא הוכחו. העליון קבע כי לאחר התיקון יש לצמצם את סיווג עבירות הקפידה ולהותיר רק עבירות שכבר סווגו לכאלה. משכך הוחלט שהעבריות אינן עבירות קפידה ולכן טענת המערערים לא התקבלה.

**עבירות בהן המעשה הוא לא מעשה אקטיבי רגיל**

1. **עבירות החזקה-** ס' 34 כ"ד. כשיש לי את היכולת, על פי מהלך עניינים, לקבוע את גורלו של הנכס.
**פס"ד הוכשטט נ' מדינת ישראל:** המערער הועמד לדין על החזקת סם מסוכן. אדם אחר (הלל) הזמין סמים מחו"ל על שמו של המערער והסמים חיכו במכס. ביהמ"ש קבע כי המערער החזיק בסם משום שהוא האדם היחיד שיכל להוציא את החבילה מהמכס ולו לבד הייתה השליטה והפיקוח על הסם. **ברק:** מה נחשב "החזקה"? במרכז הגדרה ההחזקה עומד **עיקרון השליטה שמחולק ל: יסוד פיסי - מידת הזיקה הפיסית לנכס, ויסוד נפשי - מידת המודעות או הרצון לשלוט או להחזיק בנכס (מייחסים לו החזקה גם אם לא החזיק ממש).** השופט ברק דן רק ביסוד הפיסי והוא מגדיר את השליטה כך: "היכולת, ע"פ הליך העניינים הרגיל, להגיע לעשייה פיסית בחפץ או שבידו היכולת לקבוע את גורלו הפיסי של החפץ". אדם יכול להיחשב מחזיק, גם ללא שליטה (החזקה קונסטרוקטיבית). בשביל מצב כזה צריך שתהיה חבורה, שאחד מהחבורה הוא מחזיק ממש, וההחזקה הממשית היא בידיעת והסכמת שאר בני החבורה. ההסכמה צריכה להיות הידברת מוקדמת או עסק משותף או כיוצא בזה בין המחזיק ממש לבין המחזיק הקונסטרוקטיבי. לדעת השופט ברק, למערער לא הייתה החזקה ממשית משום שלא שלט על הנכס (שטר המטען, שאיתו מוציאים מהמכס, לא היה בידו). גם לא הייתה לו החזקה קונסטרוקטיבית משום שהוא אמנם ידע, אך לא הייתה לו הסכמה.
**בן פורת:** לא מסכימה. למערער כן הייתה שליטה. החבילה במכס הייתה על שמו, והעובדה שהוא יכול למנוע מאחרים שחרור של החבילה מהמכס הופכות אותו לבעל שליטה. מתייחסת גם ליסוד הנפשי, המערער ידע על תוכן החבילה ושיש לו את ה"מפתח" להשגת החבילה. **חלימה:** מסכימה עם בן פורת. המערער בחר לטוס לחו"ל ולהעלים עין מהמתרחש. התנהגות זו מלמדת על כוונה לא טהורה מצדו המתיישבת עם שיתוף פעולה במעשה. למערער הייתה שליטה במידה זו או אחרת בחבילה.
2. **עבירות סטטוס/ מצב-** היסוד העובדתי הוא על שהאדם נמצא במצב/ מקום מסוים. בניגוד להתנהגות, לרוב אין לאדם שליטה על מצב (דן כהן). **RobinsonV Cslifornia:** לפי החוק בקליפורניה אדם המכור לסמים עובר עבירה פלילית. האם המצאות האדם במצב מסוים (התמכרות) יכולה להיות עבירה? **השופטים דגלאס סטיוארט:** התמכרות היא מצב, לא התנהגות. אמנם למדינה יש מתחם רחב של אפשרויות ושיקול דעת בנושא של מיגור תופעת הסמים, אך בעולם המודרני חוק שהופך אדם חולה לפושע הוא אכזריות וענישה יתר על המידה. כמו שמדינה לא תרשיע בפלילים אדם הלוקה בשכלו, אבל יכולה לנקוט פעולות כדי לחייב אותם לקבל טיפול וכדומה, כן הדבר בהתמכרות לסמים.
3. **עבירות מחדל-** **כשאדם לא עושה דבר שהיה מצופה ממנו לעשות- היעדר פעולה.**
* **כדי להרשיע על דרך של מחדל צריך:** נורמה אוסרת שלפי ההגדרה שלה ניתן לעבור עליה בדרך של מחדל, קיומה של חובת עשייה (משום שבדר"כ אין זיקה) והימנעות מקיום החובה.
* **יש שתי קטגוריות שאפשר לעבור במחדל:** **עבירות מחדל פשוטות/ ישירות-** עבירות שמנוסחות רק בדרך של מחדל ואין צורך להסתייע להוראות שחיצוניות לסעיף עצמו. **ועבירות מחדל מורכבות/ עקיפות-** עבירות שלא מנוסחות בדרך של מחדל משום שניתן לעבור אותן גם בדרך של מעשה ויש צורך להסתייע להוראות שחיצוניות לס' עצמו (לפי ס' 18 (ב) (כמו בפס"ד מזרחי- לא חזר מהחופשה לכלא). **קרמניצר** העיד שלא התכוון כי כל העבירות יוכלו להיעבר גם בצורה של מחדל, אלא רק כשיהיה כתוב "מעשה לרבות מחדל", אך דעתו לא התקבלה בפסיקה.
* **על אף שנראה במשפט בישראל** שהעמדה הנורמטיבית של החוק בס' 18 (ב) היא **שהמעשה והמחדל שקולים אחד לשני**, נראה בדר"כ ענישה פחותה בביצוע מחדל ובנוסף, במקרים בהם יש התלבטות בהבחנה בין מעשה למחדל- נעדיף את המעשה משום שזו דרך המלך בפלילים אשר גם פותרת ביקורת פילוסופית על פלילים.
* **מדינת ישראל נ' פרג':** הנאשם הוריד את בנו בן ה12 בכביש המנהרות לאחר שהתחצף אליו ואז חזר לאסוף אותו. הוא נאשם בעבירה של הפרת חובה של הורה או אחראי. **השופט אמנון כהן (מחוזי):** האם התמלאו יסודות העבירה?

**קיום חובה –** העבירה היא עבירה מחדלית. החובה המוטלת על ההורה נמצאת בסע' 322 או 323 לחוק העונשין.  **הפרת חובה –** חובתו של הנאשם הייתה להעלות את הקטין חזרה לרכב מיד. את זה הוא לא עשה. השארת הילד אפילו לרגע ללא השגחה במקום כזה היא הפרה של החובה כלפי הילד. **ללא הצדק כדין –** חוצפה מצד הילד אינה מצדיקה להשאיר אותו שם. **הפרת החובה צריכה לגרור תוצאה של סכנה או פגיעה** – בנסיבות הקיימות הפרת החובה עלולה הייתה לסכן את חיי הילד. **היסוד הנפשי –** הנאשם היה מודע לקיומו של סיכון ממשי. אמנם הוא לא התכוון לסכן את חיי הילד, אך די בפזיזות שבפעולה כדי למלא את היסוד הנפשי. אמנם זו עבירה התנהגותית אך הסע' דורש שההתנהגות תיצור סיכון ממשי שכתוצאה ממחדלו תתממש אחת התוצאות האסורות – "מסכן או עלול לסכן" – וזה כאמור התקיים.

* **מבחנים לזיהוי מעשה או מחדל:**
1. **מבחן התנועה הגופנית-** מעשה= הוצאת אנרגיה פיזית. הביקורת: מבחן זה הוא טכני ולא טומן בחופו רציונל כלשהו, שכן לא תמיד האינדיקציה על תנועה פיזית היא מאמץ.
2. **מבחן הדומיננטיות-** מעשה= הרעת מצב, ואילו מחדל= אי שיפור המצב.

**מרדכי קמניצר וראם שגב:** מבחן הדומיננטיות ומבחן התנועה הגופנית נכנסים לפעמים למקרי ביניים (כמו בפס"ד לורנס). דוג' הרופא- הרופא נתן למטופל תרופה שהיא לא מתאימה. מעשה- נתן תרופה לא מתאימה, מחדל- לא נתן את התרופה המתאימה.

* **ע"פ שלום ימיני נ' מדינת ישראל: הבחנה בין מעשה למחדל. הבחנה מושגית:**
1. **חירות הפעולה של האזרח**- ענישה על מחדל פוגעת יותר בחירות הפרט. לכן החובה לפעול מצטמצמת למקרים מוגדרים בהם המערכת המשפטית סבורה כי מוצדק לכפות על האזרח סנקציה על חשבון החירות.
2. **דרגת האשם**- גרימה במעשה נושאת אשם מוסרי גבוה יותר מאשר במחדל.
3. **דרגת ההתנהגות האנטי חברתית**- מעשה מעיד יותר על מוכנות לפגוע באינטרס המוגן, מחדל מבטא פחות נחישות לבצע את העבירה. בנוסף, במחדל לא יוצרים את הסיכון ואין את אלמנט השליטה.
4. **תוצאות מעשיות מסוכנות**- הטלת חובה על אזרח להתערב תיצור סכנה של התערבות בכוח והתערבות יתר.
5. **קושי להבחין בין מחדל לבין מחשבה**- המעשה מדבר בעד עצמו אבל מחדל לא.
6. **קושי להגדיר את היקף החובה**- קל יותר להגדיר מה אסור לעשות מאשר מה כן לעשות.
7. **בכתה הוספנו שאין מספיק זיקה לנזק במחדל כדי לערב אותו במשפט פלילי**.
* בנוסף מוזכרת העדפה למבחן הדומיננטיות וטענה שאין תמימות דעים בנוגע לאם שתיקה= מעשה או מחדל.

**ע"פ פרידמן נ' מדינת ישראל:** אשתו של המערער ניסתה לדקור אותו בסכין וכשהוא ניסה למנוע זאת ואחז בידה היא נדקרה. לאחר מכן עזב המערער את הדירה לאחר ששאל אותה אם היא רוצה שהוא יקרא לעזרה, היא סירבה וכשהוא חזר היא נמצאה מתה מאיבוד דם. המחוזי קבע כי הוא זה שדקר אותה ודחה את טענת ההגנה העצמית. **קדמי:** מסכים עם קביעת המחוזי שהוא היה רשאי להגן על עצמו אך הדקירה הייתה מכוונת ולא מקרית ולא חלק מההגנה. אכן המערער גרם למות האישה, אך האם זו הריגה או גרימת מוות ברשלנות? השופט קדמי אומר שגם אם המערער דקר, הוא לא ידע שהדקירה הזו תגרום פגיעה גופנית חמורה ולכן אין הריגה. אך היה עליו לדעת שללא טיפול רפואי כן ייגרם לה נזק כזה ולכן יש להרשיעו בגרימת מוות ברשלנות (חובה זו נוצרה על ידי הפסיקה ולא עולה מהחוק).

* **עצימת עיניים במחדל**- בעייתי להחיל דוק' זו במחדל משום שהיא עוד יותר פוגעת בחופש הפרט ומתערבת בהחלטותיו משום שאנו דורשים ממנו לפעול ולברר כשהוא כלל אינו מודע, אלא רק חושד.

**פס"ד הר-שפי נ' מדינת ישראל:** דן ב"אי מניעת פשע", עבירה מחדלית, על ידי מי שהייתה מאוהבת ביגאל עמיר. עורך דינה של הר-שפי טען כי מהאהבה לא העלתה בדעתה כי הוא זומם פשע- היא ראתה בו דמות טהורה. ביהמ"ש לא מקבל טענה זו ומחליט שהר שפי הייתה מודעת. עם זאת, מתקיים באוביטר דיון על עצימת עיניים. בדיון זה נאמר **בתחילה** כי מודעות ועצימת עיניים חלות על כל העבירות. לאחר מכן נאמר כי בעבירת המעשה ברירת המחדל היא שאם אתה חושד- אל תעשה. אך בעבירת המחדל יש הכבדה גדולה יותר- כבר אם התחלת לחשוד ולא תברר, אתה אחראי בפלילים. זוהי גזירה שהציבור לא יכול לעמוד בה כי מה יקרה אם פלוני יחשוד בבן משפחתו, האם יפיל עליו תיק? דרישה שכזו תעודד ריגול ומלשנות. **ביהמ"ש מחריג את התחולה של החלק הכללי מהחלק הספציפי במרה שהדבר מקל עם הנאשם ומצמצם את האחריות הפלילית בנימוק שנורמה ספציפית גוברת על נורמה כללית.** ביהמ"ש העז לבצע חקיקה שיפוטית זו מאחר והיא גם מיטיבה עם הנאשם וגם לא משפיעה על הנאשמת הספציפית.

* **מקורות החובה (חובת עשה/ חובת הימנעות ממחדל) הקיימים:**
1. **ס' 18 (ג) לחוק- "הימנעות מעשייה שהיא חובה לפי כל דין או חוזה"-** לפי ס' זה ניתן לקחת באופן גורף חובות מכל ענפי המשפט. לדעת **קרמניצר** הדבר לא טבעי משום שצריך קשר בין תכלית החובה לתכלית האיסור (="גישה מסננת"). יש קושי באפשרות לייבא מקור חובה מכל דין ולהלבישו באופן פורמאלי על כל עבירה (דוג' הבייביסיטר שלא באה למרות שהוזמנה וההורים יצאו בכל מקרה על אף שלא באה- המטרה של עבירת החבלה היא להגן על שלמות הגוף, במקרה הזה הילד, אל מול המטרה של החיוב החוזה שרוצה ליצור וודאות ולאפשר הסתמכות). בנוסף הדבר פוגע בעיקרון החוקיות משום שאדם לא יכול לדעת את כל החוקים וזה סותר את עיקרון הכוונת ההתנהגות.
2. **חובות עשה שקבועות בדין הפלילי** - מדובר בחובות שקבועות בעבירות המחדל הפשוטות הישירות או בקבוצת מקורות החובה של ס' 322-326. השוני בין הס' הוא סוג הזיקה שיש בין הנאשם לקורבן.
3. **מקורות חובה פסיקתיים** - **הפסיקה כיום רשאית לחדש חובות עשה**, לדוג', חובתו של יוצר מצב מסוכן לנטרל מצב זה. יש ויכוח האם מקור חובה זו הוא פסיקתי או שמא מובא מפקודת הנזיקין "חובת הזהירות" המעוגנת **בס' 35,36 לפקנ"ז**. **פסק דין לורנס**: המערער הורשע בגרימת מוות ברשלנות כאשר שיחק עם המנוח "רולטה רוסית". בכתב האישום נכתב שהנאשם התרשל בכך שלא מנע את ביצוע המשחק. שופטת המחוזי קבעה לטובת הנאשם שבמשפט הישראלי אין חובת הצלה משפטית. מה ההיגיון באי חובת הצלה כללית: 1. נימוק מהותי – לא להתערב בחופש הפרט. 2. נימוק מעשי – לפעמים המציל יכול להזיק. 3. נימוק טכני – כמה אדם נדרש להקריב כדי לצאת ידי חובה של הצלה? **השופט לוין** קובע כי בכל זאת, ישנם מקרים בהם נטיל חובת הצלה. **כאשר יש "קרבה" במובן המשפטי, יש חובת הצלה (כמו אמא ובן). כאשר יש רמת מעורבות הולכת וגדלה בין אדם לחברו, כך גוברת הנטייה להטיל חובת הצלה.** זו לא חובה כללית אלא נובעת מהנסיבות. **קירבה כזו קיימת גם מעצם העובדה שאדם מסוים הביא אדם אחד לסיטואציה מסוכנת (המקרה שלנו). ניתן לעגן זאת גם במבחן הצפיות.** אדם התרשל במחדל שלא מנע את המצב המסוכן והנזק הצפוי לאדם השני הוא צפוי. המערער יצר את התשתית למשחק ועודד את המנוח להמשיך בסיטואציה המסוכנת. מרגע זה חלה חובת הצלה והיה עליו למנוע את המוות.
4. **חוק לא תעמוד על דם רעך** - "חובת ההצלה הכללית". ב98' נקבע שישנה חובה משפטית על אדם להיחלץ לעזרת זולתו מקום בו אין זיקה ספציפית לקורבן בחוקים הנקראים "חוקי השומרוני הטוב". **פרשת קיטי ג'נוביס** העלתה זאת לראשונה בה נרצחה ונאנסה ילדה אל מול שכניה שלא הזעיקו עזרה כי חשבו ש"אחרים כבר יזעיקו". **ס' 4 לחוק**- "העובר על הוראות סעיף 1 לחוק זה, דינו - קנס." המחוקק חשב שמי שלא עשה זאת אפשר רק לקנוס אותו, אני לא יכולה להרשיע אותו בהריגה. **לפי ס' 18 לכאורה ניתן לייבא את ס' 1 ולהלביש אותו על עבירות חמורות יותר,** אך האם נכון לקחת מקור חובה שהמפר אותו דינו קנס, ולהשתמש בו לביסוס עבירה חמורה הרבה יותר. **קרמניצר ושגב** במאמר, וגם חשין נראה שכך חושב, שהקונסטרוקציה של הרשעה בהריגה על בסיס לא תעמוד על דם רעך היא בעייתית. עד כמה נלך רחוק?. **ד"ר דנציג** לא מסכימה איתם תמיד. אם כתוצאה מהגשת העזרה נגרמה תוצאה חמורה יותר, למה שלא נייחס לו אחריות יותר גדולה? כולנו מסכימים שהמשמעות של מעשה של אדם, **מושפעת מהתוצאות שקורות**. בנוסף, ניתן "לייבא מכל דין".
5. **מקורות חובה של חוזה-** ישנם חוזי אחריות מפורשים בהם יש התחייבות להציל, למשל מורה ותלמיד. הספק האם להציל או לא מתעורר כאשר יש חוזים מכללא (לא מפורשים) לא בהכרח חוזה שחתמת עליו אלא מקום בו ההנחה היא שיש לך אחריות כלפי האדם האחר (נניח בצלילה כששניים צוללים).

**רע"פ ויצמן נ' מדינת ישראל:** אדם דרס שוטר כאשר שלושה אנשים נמצאים איתו ברכב, ואף אחד מהם לא חשב לעצור לעזור לשוטר שמת בסופו של דבר. השלושה מואשמים בעבירה של סיוע לעבירה של הפקרה לאחר פיגוע. **חשין:** העבירה של הפקרה לאחר פיגוע היא עבירה של עשה. לכאורה היא חלה על הנוהג ברכב, והרי השלושה האחרים לא נהגו. לכן הם סייעו לעבירה. זו עבירה של מחדל. לעבירות מחדל יש קושי ייחודי, שהרי הן נתלות במחשבה פלילית ולא במעשה ועל מחשבה אי אפשר להעניש. לכן יש צורך קיומי בעבירת מחדל שהמשפט יחייב אדם בעל אפיונים מסוימים בעשיית מעשה מסוים.
מחדל הוא הימנעות מעשייה שהיא חובה לפי כל דין או חוזה. איזה דין יוצר מחדל שאפשר לענוש לפיו? האם כל דין יוצר מחדל בר ענישה? לפי השופט קדמי, לא כל חובה הקבועה בדין עשויה לשמש מקור לעבירת מחדל. עלינו לבחון את עוצמה של כל חובה בנפרד ולבחון אם היא ראויה לפי תכליתה לכלול גם מחדל בר ענישה.

**סוגיות בקשר סיבתי וייחוס האחריות**

* הקשר הסיבתי בין הרכיב ההתנהגותי לבין התוצאה הוא אובייקטיבי והוא מדבר על מה האדם היה צריך לצפות.
* ישנה בעייתיות בנושא כשישנם כמה גורמים שמביאים לתוצאה הסופית כמו הקורבן הסרבן או כמו **בפס"ד מדינת ישראל נ' בלזר-** המערער צעק על המנוח דרך חלון האוטובוס שבו נהג, ולאחר כמה דקות הכה את המנוח. המנוח נפטר לא מהחבלות אלא מכשל לב חריף כתוצאה מסטרס. המחוזי הרשיע את המערער בהריגה. בא כוח המערער טוען שאין קשר סיבתי עובדתי בין האלימות לבין המוות. **בייניש:** מה גרם לסטרס, הצעקות או המכות? השופטת בייניש קובעת כי אלו היו המכות משום שצעקות הן דבר די שכיח אצלנו ולא סביר שיגרמו כזה נזק וכמו כן אחרי המכות המנוח התנהל כרגיל. בפלילים צריך להוכיח מעל ספק סביר אבל גם לא במאה אחוז וזה מתקיים אצלנו. השופטת קובעת גם כי המערער היה ער לאפשרות שמעשיו יגרמו לתוצאה קטלנית ופעל מתוך אדישות לאפשרות זו. אמנם, המנוח לא מת מהמכות אלא מכשל לב שנבע מהמכות ואת זה המערער לא יכל לצפות. האם זה משנה? מדובר בעבירה תוצאתית, שהיסוד הנפשי הנדרש הוא מחשבה פלילית. היסוד הנפשי הוא שהמערער יהיה ער לתוצאה האסורה, גם אם הוא לא יודע באיזה דרך זה ייגרם לכן זה לא משנה.
* **יש שני סוגים של קשרים סיבתיים (מבחנים מצטברים):**
1. **עובדתי-** המבחן הראשון והפשוט יותר- **מבחן האלמלא-** אלמלא (אם לא) הנאשם ביצע את ההתנהגות, הייתה נגרמת התוצאה? כלומר, האם המעשים של הנאשם מהווים איזושהי חוליה בסיפור המתפתח? מבלי לבדוק מה משקלו של המעשה.
2. **חריג למבחן האלמלא (לא מצטבר)-** **מבחן הדיות-** האם די במעשים של הנאשם כדי לגרום לתוצאה קטלנית? נעשה מבחן זה כאשר יש שני גורמים מצטברים שכל אחד מהם יכול היה לבדו לגרום לתוצאה. זה כדי למנוע אבסורד במבחן האלמלא שלמשל היה מוציא שני אנשים שגורמים יחד אדם- חפים.
3. **קשר סיבתי משפטי/ ייחוס אחריות-** **"מבחן הצפיות הסבירה"-** מבחן אובייקטיבי הבודק האם הנאשם יכול וצריך היה לצפות את התוצאה שקרתה בפועל? מבחן זה בודק מי מבין הגורמים שמקיימים את הקש"ס ראוי להיחשב גורם מבחינה משפטית (הבעיה שזה יכול להביא להמון גורמים אבסורדיים כמו האמא שילדה את האשם).
* **פס"ד בלקר נ' מדינת ישראל:** המערער הורשע בעבירת רצח בכוונה תחילה לאחר שזרק את אשתו מהחלון כתוצאה מסכסוך (טענות שהיא התאבדה לא התקבלו). היא מתה מוות מוחי והוחייתה על ידי מכשירים ולבסוף נותקה מהם. השאלה היא מהי קביעת מותו של אדם? **שטרסברג כהן:** המערער מתגונן בכך שלא המכות שלו הרגו אלא הניתוק מהמכשירים. הגנה צינית כזאת צריכה להידחות בשל מדיניות משפטית. בנוסף, **אף בלי לקבוע שמוות מוחי הוא מוות (כמו בייסקי) ניתן להגיע לתוצאה של הרשעה דרך קשר סיבתי.** למערער הייתה כוונה להרוג, ומדובר בעבירת תוצאה שהתוצאה בסופו של דבר הושגה. לכן קיים קשר סיבתי (מבחן הצפיות) בין מעשיו, שהיה בהם כדי להרוג בכל מקרה, לבין התוצאה, ואין חשיבות לדרך שבה התהוותה התוצאה.
* **פס"ד פלונית נ' מדינת ישראל** מרוץ מכוניות בין המשיב (בן 17) לשני אנשים אחרים (שהיו יחד באותו רכב) והם נהרגו לאחר שאיבדו שליטה על הרכב. המשיב הואשם בהריגה **ארבל:** במסגרת עבירות מחשבה פלילית תוצאתיות, המבחן לקשר סיבתי משפטי – מבחן הצפיות הסבירה. נדרשת מודעות סובייקטיבית לרכיב התוצאה. מבחן הקש"ס המשפטי - האם ניתן וצריך היה לצפות באורח סביר את התוצאה. ארבל מחלקת בין היסוד נפשי הדורש צפיות של הנאשם, לבין הקשר הסיבתי המשפטי הדורש צפיות של אדם סביר. התביעה מנסה לטעון כי מאחר ומבחן הצפיות הסבירה האובייקטיבי הוא דומה למבחן היסוד הנפשי הסובייקטיבי, ממילא הוא נבלע במבחן היסוד הנפשי. ארבל לא מקבלת טענה זו וקובעת שיש להוכיח את שני המבחנים שכן ייתכנו מקרים בהם נאשם מוזר צפה בפועל סובייקטיבית את אפשרות גרימת התוצאה אך כחברה לא היינו מצפים אובייקטיבית מאדם מן היישוב לצפות אותה שכן היא יכולה להיות רחוקה מהמציאות הסבירה.
* **פטרומיליו נ' מדינת ישראל:** המערער הורשע בשלושה מעשי שוד ובהריגת אחת הקורבנות, שנפטרה מהתרגשות שנבעה ככל הנראה ממצב בריאותי לקוי (על אף שהיא אמרה לפני מותה שלא נגעו בה). **בן פורת:** יש לבטל את הרשעת המערער בהריגה, ההרשעה נופלת על הקש"ס משפטי. לא ניתן לייחס לנאשם חזות מראש שהקורבן עלול להינזק בגופו כתוצאה מהעבירה שביצע. שכיחות עבירת החטיפה ונדירות התוצאה של מוות בעקבות חטיפה מצביע על היעדר צפייה מראש של נזק כזה.
* **ע"פ יעקובוב נ' מדינת ישראל:** אישה קפצה אל מותה לאחר שבעלה היכה והתעלל בה. הוא הואשם בגרימת מוות ברשלנות. הבעל טוען שההתאבדות שלה היא לא צפויה ומנותקת קש"ס משפטי. **האם יש קשר סיבתי בין ההתעללות למוות שלה?** **בייניש:** האם הנאשם, כאדר סביר, היה יכול לצפות את הקשר הסיבתי בין התנהגותו להתאבדות? היא התאבדה מתוך ייאוש. הייאוש הוא תוצאה צפויה של התעללות הבעל. היום זה מוכר שהתעללות גורמת לייאוש שמוביל גם להתאבדות, לכן על הבעל היה לצפות זאת. הציפייה הסבירה אינה רק של הנורמות הבסיסיות הנוהגות, אלא גם מבוססות עובדתית על מציאות החיים.
* **ע"פ חוסיין נ' מדינת ישראל:** המערער דקר את אחותו והרג אותה בשל סכסוך משפחתי. הורשע בעבירת רצח. הוא טוען כי לא התכוון להרוג אותה, ותפקוד בית החולים (גורם זר מתערב) אליו הגיעה אחותו מנתקת את הקשר הסיבתי. **אנגלרד:** המערער טוען שהדקירות לא יכלו להרוג והיא מתה מהתרשלות ביה"ח ולכן אין קשר סיבתי. השופט אנגלרד לא מקבל טענה זו. מה שגרם למוות היה הדקירות **והטיפול הרפואי היה בתום לב ולא רשלני.** השאלה היא אם מתקיים קשר סיבתי עובדתי ומשפטי. במישור העובדתי קיימת זיקה סיבתית בין מעשיו לבין המוות, וכן במישור המשפטי היסוד הנפשי של הנאשם מקיים את הקשר הסיבתי המשפטי, גם אם התוצאה הצפויה התרחשה באופן שונה מהצפוי.

**רפורמה בעבירות ההמתה**

* רוצים לעשות תיקון בחוק אך החקיקה מתקדמת לאט- והוא עוד לא התקבל.
* **בחוק הישן-** רצח-> מאסר עולם. הריגה-> עבירת סל שכוללת מגוון רחב של מקרים עם עונש של 20 שנות מאסר. משפחות הנרצחים מחו על חסר ההבנה של הדין הפלילי ועל חוסר הצדק- עונש של העבירות הריגה פחות משל רצח בעוד שזה מעשה שבעיניהם חמור לא פחות. בנוסף, הייתה ביקורת על עונש אוטומטי בעבירת רצח שלא מתאים למקרים מסויימים בשל חומרתו.
* **כיום-** עבירת רצח בסיסית/ רצח בנסיבות מחמירות (=רצח בכוונת תחילה (יכול להתגבש גם בעת ביצוע העבירה עצמה) הכולל הכנה, היעדר קינטור (=מבחן אובייקטיבי שאומץ מהדין האנגלי ומקשה על ההוכחות שלו) וההחלטה להמית)-> יש צורך במודעות, יסוד נפשי של אדישות או קלות דעת כלפי התוצאה הקטלנית.

**צורות נגזרות של אחריות פלילית**

עד כה דיברנו כיצד מטילים אחריות פלילית בתחום הפלילי העמוק, הגרעיני- כאשר מתקיימים כל יסודות העבירה גם בפן הנפשי וגם בפן העובדתי. אמנם **יש** **מצבים בהם מרחיבים את האחריות הפלילית כאשר יש כל מיני מאפיינים שמקרבים את הנאשם לביצוע העבירה אפילו שלא כל היסודות התקיימו.** יש בנושא הזה שני פרקים: **דוקטרינת הניסיון ושותפות לעבירה= צדדים לעבירה**. המשותף לשניהם הוא שהאדם מופלל בפועל נגזר מהפועל העיקרי או מהעבירה העיקרית. נרחיב:

**עבירות הניסיון- ס' 25:**

מכסה את המקרים שבהם הנאשם עצמו לא משלים את כל היסוד העובדתי, אבל עדיין ניתן להפליל אותו בגין הניסיון לביצוע העביר- מעין תרגום/ גזירה מסוימת מהעבירה המלאה. וזאת, לפי **אנטוני דאף ומירי גור אריה**, מכיוון שהמעשים המתקדמים מראים על עצם הנכונות של האדם לפגוע בערך המוגן. לעומת זאת, במקרים של הכנה בלבד לא נכנסים למתחם הניסיון משום שעדיין לא ניתן בהכרח ללמוד מהם על הכוונה- יכול להיות שהאדם יתחרט. על כן נגיד כי הבסיס הכי חזק בהפללת ניסיון הוא בקיום יסוד נפשי מובהק, שמספיק מקרב את המקרה לביצוע העבירה המושלמת.

**קיימים ארבעה סוגים של ניסיון:**

1. **ניסיון מושלם=** העבירה השתכללה אך יסוד מסוים מהיסוד העובדתי לא התרח א"ע שהאדם כן רצה בו. למשל, פלוני ירה באלמוני שבדיוק בשנייה זו זז והכדור לא פגע בו. בניסיון מסוג זה עולה השאלה האם יש להקל עם הנאשם במדיניות משפטית מקלה, שכן האנטי חברתיות במעשה זהה לאם המעשה היה מבצע, והשוני בין השניים הוא אלמנט **המזל המוסרי.**
2. **ניסיון לא מושלם=** האדם לא ביצע ולא מיצה את כל הפעולות שהיו תלויות בו. למשל, פלוני רצה לירות באלמוני ושנייה לפני שהוא ירה תפס אותו שוטר/ התחרט ברגע האחרון (חרטה נכפית/ עצמית).
3. **ניסיון בלתי צליח=** ניסיון שבוצע בתנאים שמלכתחילה לא אפשרו את הצלחתו והתממשותה של העבירה. למשל, ירי בגופה. במצב כזה, שופטים את האדם לפי מצב הדברים שהוא דימה לעצמו. עם זאת, לא נפליל אדם רק בשל נכונות להפר את החוק (אם למשל הוא חושב שמשהו שהוא אסור הוא בעצם מותר), אלא רק כאשר ישנו ערך חברתי, שנבחר ע"י החברה, כערך מוגן שבשל פגיעה בו יגיע עונש.
4. **הניסיון האבסורדי=** ניסיון שגם במציאות שדומה לרצונו של המבצע, הפעולה עדיין לא הייתה מתאפשרת. למשל, שימוש במילת קסם כדי לרצוח אדם. **בישראל- משום שאין הבחנה בין ניסיונות צליחים ללא צליחים- ניתן להפליל את הניסיון האבסורדי.** יש גישה שמיוצגת ע"י המשפט המוקבל שמצדיקה להפליל ניסיון בשל ההתנהגות שיש לה פוטנציאל להיות מסוכנת, לעומת זאת ישנה גישה סובייקטיבית שההצדקה של דוקטרינת הניסיון נשענת דווקא על המסוכנת של העושה שנובעת מהנחישות שלו לביצוע העבירה, ולכן למרות שהוא משתמש בכלים שנראים לנו הזויים ולא תואמים את המציאות יש להפליל אותו כי לא נוכל לדעת אם יבוא יום בו הוא כן ישתמש בכלי אמיתי.
* **רע"פ רועי מור יוסף נ' התביעה הצבאית הראשית-** חייל עישן "Nice guy"', מתוך אמונה שמדובר בסם לא חוקי. אמנם, לא הוכח כי התרכובת הספציפית שהשתמש בה הייתה אסורה לשימוש. האם יש להרשיעו בניסיון (בלתי צליח) לשימוש בסם מסוכן? **נאור:** ניסיון צליח זה כשהמנסה נעצר רגע לפני ביצוע העבירה. ניסיון בלתי צליח זה שמלכתחילה לא הייתה למנסה אפשרות להשלים את העבירה (למשל עם הקורבן כבר מת והוא לא ידע את זה). ניסיון בלתי צליח דורש פן נוסף של יסוד נפשי- אי מודעות או טעות ביחס למצב הדברים האובייקטיבי. יש להבחין בין ניסיון בלתי צליח עובדתי, למשפטי. עובדתי זה למשל שלא ידעתי שהקורבן כבר מת. משפטי זה למשל להסתיר סחורה כדי לא לשלם מכס, בלי לדעת שלא צריך בכלל לשלם מכס. העובדתי הוא בר ענישה, והמשפטי לא. לכן כדי להרשיע לא מספיק להראות שאדם התכוון לעבור על החוק, צריך להראות שהוא רצה לפגוע בערך מוגן ספציפי שהמחוקק מגן עליו. במקרה שלנו, המערער השתמש בסמים שחשב שהם אסורים אבל למעשה לא נאסרו בחוק ולכן יש כאן ניסיון בלתי צליח משפטית. השאלה אם הייתה לו כוונה להשתמש בסם המנוי בפקודת הסמים המסוכנים נשארת בספק ולכן לא הוכח מעבר לספק סביר שהוא ביקש לבצע מעשה שיהווה עבירה בפועל.

**הרציונליים בהפללת עבירות הניסיון:**

1. **רציונל גמולי ועקרון האשמה-** הבסיס הכי חזק להפללה בניסיון הוא קיומו של יסוד נפשי ברור- אנחנו מפלילים אדם שאנחנו יודעים שהייתה לו כוונה רעה ואנחנו עושים זאת כאשר הוא עשה מעשים מסוימים שמספיק מתקרבים לביצוע העבירה המושלמת.
2. **הצדקה תועלתנית של הרתעה-** מנסה שלא הצליח להגשים את מזימתו בפעם הראשונה, ישוב לנסות אותה פעם נוספת, עד שיצליח, והפללה על הניסיון תעצור אותו בטרם ישלים אותה בפועל.

**התפתחות הענישה בעבירות הניסיון:**

**בעבר:** המשפט האנגלו-אמריקני דוקטרינת הניסיון בתחילת דרכה באה להפליל גם על ניסיון אך בענישה נמוכה יותר משום שהוא שם דגש על גרימת התוצאה בפעול. כך גם במשפט הישראלי- לפני תיקון 39, היה מוסכם שהעונש על ניסיון יהיה חצי מהעונש על העבירה המושלמת מכיוון ש: 1) לא ניתן לא להתייחס לתוצאה שקרתה כחמורה יותר מרק הכוונה עליה.
2) תמריץ שלילי- אם יוטל על ניסיון עונש ששווה לעבירה המושלמת, לעבריינים לא יהיה תמריץ להתחרט באמצע ולהפסיק את המעשה.

**כיום:** אדם שביצע ניסיון לעבירה מסוימת, יהיה חשוף לעונש שמוטל על מבצע העבירה המושלמת. כפתרון לתמריץ השלילי, בתיקון 39, ס' 28 קבע דוקטרינה מיוחדת שנקראת "**פטור עקב חרטה**"- בהתקיים תנאים מסוימים (כניסה למתחם הניסיון + חרטה מחפץ נפשו בלבד + חדל מהשלמת המעשה/ תרם תרומה של ממש למניעת התוצאה) שנתונים בה, האדם פטור לחלוטין מעונש, ולא רק בהקלה בו דבר אשר מהווה תמריץ גדול מאוד להתחרט מביצוע עבירות. האדם יכול להתחרט ממניעים ערכיים-אתיים-דתיים או ממניעים תועלתניים (שיקולים כלכליים/ חברתיים וכו'). **פס"ד נחושתן** ביהמ"ש פסק שלא משנה מהי הסיבה לחרטה- העיקר הוא לתת פטור בתמריץ להתחרט. **בפס"ד מצרוואה** (המערער הסיע את המתלוננת ברכבו, סטה לדרך צדדית ורצה לקיים עמה יחסי מין, היא סירבה וברחה. הוא רדף אחריה והתפתח ביניהם מאבק. היא הכתה אותו והוא בסופו של דבר עזב את המקום. הוא מואשם בניסיון לאונס) לעומת זאת, פסקו שיש לזכות אדם רק אם מוכיחים שהיא מגיעה ממקום עמוק ואמיתי ושהמסוכנות של האדם כבר אינה קיימת.

* **פס"ד פלוני-** אב חונק את ביתו עד שחושב שהיא מתה. לאחר מכן הוא פנה לשכנה והזמין משטרה. כאשר הוא חזר לביתו הוא גילה שהיא חיה ולמרות זאת לא המשיך לחנוק אותה אלא חיכה לכוחות ההצלה. נשאלת השאלה האם המעשה הראשון מנותק מהשני שכן, ניתן לראות שהייתה חרטה תועלתנית ושהוא מרצונו החופשי לא המשיך בניסיון ההריגה. ביהמ"ש פונה למשפט המשווה וטוען שלא משנה על איזו חרטה מדובר שכן נסתפק בכל סוג חרטה לצורך הפטור. בנוסף, נקבע שאין חובה לקש"ס בין המעשה שנעשה לאי התקיימות העבירה ושבמקרה הנוכחי הוא תרם למניעת התוצאה בכך שהתקשר לכוחות ההצלה. לבסוף הוא הופלל כי הוא לא התחרט מרצונו האישי והחופשי אלא כי היא פשוט לא מתה והוא ניסה להשלים עם המציאות שנקלע אליה ללא רצונו. טוענים שהלכת פלוני של ג'ובראן שינתה את הלכת מצראווה אף שבפועל לדעת ד"ר דנציג- אין כאן הלכה שהרי הדיון היה באוביטר (לא זו השאלה שהכריעה את פסה"ד).
* **פס"ד סעיד-** המערער יזם חטיפה של חייל, עשה את כל ההכנות הדרושות, כבר החל ללכת לכיוון הגבול כדי לממש את תוכניתו אך חדל כ300 מטרים מהגדר. הוא הורשע בעבירות של ניסיון לסחיטה לשם רצח או סחיטה. **מלצר:** ביהמ"ש קבע כי הוא עבר עבירת ניסיון. ע"פ עקרון המזיגה, היסוד הנפשי (ובמקרה שלנו המטרה להשלים את העבירה משום שמדובר בניסיון) צריכה להתקיים כשהמערער נכנס למתחם הניסיון ולא רק בזמן ההכנה. המערער נכנס למתחם הניסיון והיסוד הנפשי אף התקיים באותו זמן. סייג החרטה לא עומד למערער משום שלא הצליח להוכיח את התנאי לפיו עליו לחדול מרצונו בלבד ולא בגלל סיבות חיצוניות.

**חריגים:**

* **ס' 34 ג'-** דוק' הניסיון לא תחול בעבירות שהן חטא משום שהן קלות יחסית וזה יהווה הרחבה גדולה מידי.
* **ס' 34ד-** הענישה היא לא אוטומטית ובפועל נקיים בחינה אמפירית של הנסיבות. ביהמ"ש מקיים הבחנות גם בין סוגים שונים של אנשים לפי מידת האשמה של המנסה הנמדדת לפי מידת הקרבה לביצוע העבירה המושלמת.
* **קיימות עבירות ניסיון גם בחלק הספציפי למרות ס' 25 בשל העונשים.** שהרי לפני התיקון עבירות הניסיון עמדו על חצי מהעונש והיו מקרים בהם המחוקק קצה להחמיר את העונש. אך כיום, העבירות הספציפיות, בניגוד לכוונת המחוקק, מורידות מהעונש, משום שהעלו את זמן העונשים בס' 25 לעונשים של העבירה המושלמת. בד"כ הספציפי גובר על הכללי, אך לא במקרה זה.

**ביקורת על הפללה בגין ניסיון:**

הענישה לא יכולה להיות רק בגין היסוד הנפשי. **רובניסון וג'ון ברלי-** אנו שמים דגש על תוצאה (עשו מחקר ושאלו אנשים כמה חודשי מאסר מגיעים לניסיון הצתה ולהצתה בפועל. ניתן לראות כי התוצאות היו שעל הצתה יש לתת יותר חודשי מאסר).

**תשובה לביקורת: יהורם שחר-** ילדים נותנים לתוצאה משקל גדול יותר לתוצאה, וכתוצאה מכך למזל משום שהתוצאה היא עניין של מזל. וככל שמתבגרים, מסיטים את המשקל מהמזל לכיוון הכוונות מתוך ההבנה שהתקיימות התוצאה היא לפעמים תלויה במזל שהוא חיצוני לאדם ואילו הכוונה תלויה רק באדם. לכן מידת התחכום של המוסר הבוגר היא כביכול גדולה יותר.

**מהו ניסיון?:**

נוכל לפצל את ביצוע העבירה לשלושה שלבים:

1. הכנה- סידורים ותכנונים שהם מוקדמים לאירוע.
2. ניסיון- הפעולות העובדתיות שמהוות ניסיון בעודן מקרבות מאוד לביצוע.
3. השלמה- ביצוע העבירה והגעה לתוצאתה.

**שלבי הכנה יוצאי דופן שמוגדרים כניסיון:**

* **ס' 497-** עוסק בהחזקת חומרים מסוכנים (חומר נפץ וכו') בכוונה לעשות בהם/ שאחר יעשה בהם פשע או עוון. למרות שמדובר בסידורים מוקדמים, עצם ההצטיידות בחומרים כה מסוכנים, היא מסוכנת כשלעצמה, ולכן נפליל אותה.
* **ס' 499-** קשירת קשר- זהו למעשה תכנון לביצוע פשע שמתבטא בדיבור עם אדם אחר. לפי החוק זאת עבירה בפני עצמה, במנותק מהעבירה עצמה שהם מתכננים לבצע, וניתן להפליל בגינה אף אם בפועל יוחלט שלא לבצע את העבירה. **ביקורת:** הרחבת יתר והפללה רק על בסיס מחשבה.

**מכיוון ששלב ההכנה הוא לא עניש, נשאלת השאלה היכן עובר הגבול בין ההכנה לבין הניסיון:**

קשה להגדיר קו גבול זה בעיקר כשאופי הביצוע הקונקרטי משתנה ממקרה למקרה. **מרים גור אריה** טוענת שקיימים 2 מבחנים: **מבחן הקרבה ומבחן הזמן-** ככל שקרובים יותר למועד ביצוע הפשע וככל שנמצאים במקום ובסיטואציה שהיא מספיק קונקרטית. מסבירה זאת בעזרת **דוג' היין:** פלוני מתכוון להרעיל את חברו, מוהל רעל בבקבוק יין ומחביא במחסן. כעת יש 2 אפשרויות: אם המחסן משמש אך כמקום אחסון של הרעל (שידוע מיקומו רק לפלוני) עד שפלוני ימצא את שעת הכושר ויראה לנכון להרעיל את חברו- הרי שמדובר במעשה הכנה בלבד. אם מיקומו של המחסן ידוע לחברו של פלוני ונבחר לאחסן דווקא בו את היין על מנת שהוא ישתה וימות- הרי שמעשיו של פלוני חרגו ממתחם ההכנה אל עבר מתחם הניסיון.

**מבחני עזר (מהפסיקה והספרות) להכרעה בין הניסיון וההכנה:**

1. **מבחן המעשה האחרון/ "הניסיון המושלם"-** **לפי מבחן זה האדם ייכנס למתחם הניסיון רק כאשר עשה את הפעולה האחרונה ביכולתו לפני ביצוע הפשע עצמו.** **פס"ד רובינסון-** אדם ביים שוד בחנות היהלומים שלו בכדי לקבל את כספי הביטוח, השוטר חשד בו והצליח לחשוף אותו ממש בקלות, וכך העמידו אותו לדין על ניסיון לקבל דבר במרמה, למרות שהוא בכלל לא הספיק לפנות לביטוח לבקש את הכסף- וזהו הייתה טענתו- שהוא עוד היה בשלב ההכנה, וביהמ"ש קיבל את טענתו. כך אומץ מבחן המעשה האחרון- **שרק הניסיון המושלם ייחשב לגבול הכניסה למתחם הניסיון.**
* **מבחן זה לא התקבל** משום שהוא נותן לאנשים האנטי חברתיים להימלט מהעונש.
1. **מבחן הקרבה לשלמות-** מבחן אנגלי. בודקים עד כמה הפעולות שהנאשם עשה קרובות מבחינה איכותית וכמותית (זמן ומקום) לביצוע העבירה המושלמת. הפסיקה האנגלית פתחה מבחני עזר אובייקטיביים שעוזרים להגיע למסקנה.
2. **מבחן החד משמעיות-** מבחן זה שם דגש על **חשיפת הכוונה בליבו של המבצע.** הכוונה תילמד דרך מעשיו של המבצע ובעזרת ראיות המלמדות על כוונה. כלומר, מעשה נכנס למתחם הניסיון אם הוא המעשה הראשוני בביצוע העבירה שמעיד על הכוונה של הנאשם בצורה חד משמעית. **הוא יכול להיות מצד אחד מחמיר-** אם מדובר למשל במבצע עם עבר פלילי ע"א שבאותו מקרה הוא לא התכוון, **ומצד שני מקל-** למשל במקרה שהאדם מצליח להסוות את מעשיו הפליליים ממש טוב.
* **פלר-** מדמה את המבחן הזה לצפייה בסרט אילם- לדמיין שבוחנים את המעשים בצורה אובייקטיבית ללא הסברים, וברגע בו מתסכלים על התרחיש מהצד ויכולים להתחקות אחר כוונת הלב של המבצע, נוכל לקבוע שהוא נכנס למתחם.
* **ביקורות:** 1) המבחן הזה נתון לפרשנות סובייקטיבית, שכן כל אדם יכול לפרש את המעשים אחרת. 2) **גור אריה** (ציטוט של **וויליאמס**)- מבחן זה נתון למניפולציה משום שאנשים יכולים להסוות את מעשיהם כך שלא נוכל לדעת מהי כוונתם.
* מבחן זה התפתח בניו זילנד והוחלף במבחן הקרבה. אך במשפט המקובל, הוא התקבל.
1. **מבחן הצעד המשמעותי-** אדם עשה צעד משמעותי בדרך לביצוע העבירה כשנוכל ללמוד ממעשיו על כוונה לביצוע העבירה (למשל שכיבה במארב וחיפוש אחר הקורבן). מבחן זה משנה את נק' המוצא- במקום להתמקד בכמה פעולות עוד נותרו במבחן הקרבה, נסתכל על כמה הוא כבר עשה.
* במשפט האמריקאי אך לא במעמד של חוק.
1. **מבחן תחילת הביצוע (מבחן הצעד האפקטיבי)-** **פס"ד סריס**- הואשם באונס ע"א שבפועל רק תקף את הבחורה. שם השופטים קבעו שהניסיון יתחיל ברגע שבו נגיע לחוליה בשרשרת שמובילה באופן טבעי לביצוע העבירה. נראה במעשיו של הנאשם כשרשרת של פעולות שאילולא היינו עוצרים בשלב זה היא הייתה מובילה להשלמה ולהרשעה. שוב ישנה תחושה של מבחן שאינו קונקרטי, אך הוא כן מרחיב- בוחנים מה נעשה, בצורה הכי מינימליסטית, ועד כמה הוא מוביל לפשע. ביהמ"ש דוחה את טענת סריס לגבי מבחן הקרבה, ואומר לו שהם לא מחכים שהוא יהיה מספיק קרוב להשלמת העבירה אלא למועד שבו נראה את תחילת הביצוע.
* **פס"ד בוריאר-** ברויאר בא לבנק בפעם הראשונה בכוונה להשלים את העבירה- אך ויתר בשל קהל רב מדי. מאוחר יותר- חזר לבנק ע"מ להשלים את זממו- אך נעצר כשבידו סכין ופתק האומר כי זה שוד. תחילה הוא מורשע רק בגין החזקת סכין ולא בגין שוד, ובערעור ביהמ"ש מחליט להרשיעו לאחר שימוש בשני המבחנים:
1. **קרבה להשלמה-** עד כמה הוא היה קרוב לביצוע העבירה המוגמרת- מבחני זמן ומקום.
2. **תחילת ביצוע-** קפיצה איכותית בין מעשי ההכנה למעשי הביצוע.

ביהמ"ש אומר כי למרות שקשה להגיד שברויאר התקרב בצורה מספקת לביצוע העבירה יש מבחן חלופי שהוא **המבחן של החד משמעיות**. אם יש ביצוע התחלתי שלפיו ניתן להגיד שהוא נכנס לניסיון וברור שמעשיו מראים על כוונתו לבצע שוד. **זו הדגמה לכך שביהמ"ש לוקח את המבחנים ומתאים אותם למבחן אחד שיוביל לתוצאה שהכי נראית לו.**

* **פס"ד גיא אלדד-** אדם שמנהל שיחות בצ'אט עם "מורנוש"- כביכול נערה בת 13. חוק העונשין קובע כי קיום יחסי מין עם קטין מתחת לגיל 14 הוא אונס, ולא משנה אם הקטין הסכים. הם קבעו להיפגש בדירה, בכדי לקיים יחסי מין. אך בדירה בפועל חיכו לו שלושה אנשים: התחקירנית הבגירה שהתחזתה לילדה, כתב של ערוץ 10 ושוטר. אלדד טען:
א. המעשים נעצרו בשלב מוקדם מידי של ההכנה וביהמ"ש קובע שלא, כי אלדד ביצע את **הצעד האפקטיבי**- כניסה לדירה לבד, במחשבה שנמצאת בה הקטינה, על רקע השיחות המיניות שביצעו. ב. מדובר **בניסיון בלתי צליח-** הייתה חוסר אפשרות אובייקטיבית מבחינה עובדתית להשלים את העבירה כי לא ניתן לבצע עבירת אינוס של קטינה, כאשר מי שהוא דיבר איתה היא בכלל בגירה. למרות שמבחינה אובייקטיבית העבירה לא ניתנת להשלמה, עדיין מסוכנתו של העושה היא בדרגה מאוד גבוהה כי יש סיכוי סביר להניח שבנסיבות אחרות הוא כן היה משלים את העבירה. בפס"ד **עקבו אחר שני המבחנים שנקבעו בפס"ד בוריאר.**
* **פס"ד גרציאנו-** נשלחה אל המערער חבילת סמים אך שוטרים תפסו אותה לפני שהגיעה לידיו והחליפו את הסם בחומר אחר. האם ניתן להאשימו בהחזקת סמים מבלי שהיו ברשותו? **העיקר בעבירת הניסיון הוא הכוונה הפלילית**, הרצון לעבור את העבירה ועשיית מעשה גלוי בכיוון זה. **זה לא משנה אם הניסיון בלתי צליח ומהן הנסיבות שגרמו לניסיון להיות לא צליח.** גולדברג אומר שיש להרשיע בהתאם למצב הדברים כפי שדימה אותו המנסה.
* **פס"ד קובקוב-** לאחר הפיגוע בדולפינריום, קובקוב מבקש לבצע פעולת תגמול בערבים. הוא מכין 10 בקבוקי תבעירה, מתקרב למסגד, רואה שוטרים ולא קורבנות פוטנציאליים. הוא מחליט לעזוב את המקום, ובגלל שהוא נראה חשוד הוא נעצר, הוא הואשם בגין ניסיון לגרום לחבלה חמורה, ניסיון הצתה ונשיאת חומר נפץ. הוא טען שההכנה שלו הייתה מאוד ראשונית וללא כוונה קונקרטית לתוכנית ספציפית- הוא זוכה כי אכן הפסיק את מעשיו במצב רחוק מספיק. בסופו של דבר הוא נשא באחריות רק בגין נשיאת חומר נפץ- שזו הייתה עבירה מושלמת.
* **פס"ד סנקר-** המערערים הסתובבו במשך כמה ימים באזור שבו נמצא ניסים אלפרון. ביום האירוע הם נעצרו כשברכם נשק דרוך. הם הורשעו בקשירת קשר לביצוע פשע וזוכו מניסיון לחבלה בכוונה מחמירה. המדינה מערערת. לפי **מבחן הקרבה המספקת-** כביכול עומדים במסדרון. אם המעשה מקרב את המבצע אל עבר הדלת מתחילת המסדרון, מדובר ביציאה מהכנה וכניסה לניסיון. הקריטריונים שעולים מכך הם מקום וזמן. אמנם, מקום וזמן הם לא הכרחיים שרשרת פעולות יכולה להעיד על ניסיון גם בלי קרבה במקום ובזמן. **מבחן החד משמעות-** כביכול צופים בסרט אילם ובו מתוארת שרשרת מעשים. מהרגע שהצופה מבין את מטרת המעשה מתממש מבחן החד משמעות ומתחיל הניסיון. לפי מבחן זה, גם מעשה ראשוני מאד יכול להיות ניסיון אם הוא חד משמעי. **מעשיהם של הנאשמים מקיימים את שני המבחנים הללו.** בנוסף, מבחינת מדיניות משפטית לא צריך לחכות עד הדקה ה90 כדי לראות אם זה ניסיון כי זה עלול להוביל לתוצאה קשה ושאי אפשר יהיה כבר למנוע את המעשה.
* **שחר אלדר-** מראה שהדוקטרינה היא כ"כ רחבה ומכילה כ"כ הרבה סוגים של ניסיונות ולא נוכל לדעת אם כולם באמת מוצדקים ומותאמים לעונש. הוא נותן גם דוגמא לעבירות מושלמות שמבחינת המהות שלהן הן עבירות הכנה בלבד, כמו למשל החזקת כלי נשק לביצוע פשע, כמו שהיה בפס"ד קובקוב. הפתרון שהוא מציע: ליצור לכל עבירה מושלמת עבירה מתחתיה שתוגדר כעבירת ניסיון, ואז ניתן לקבוע באופן יותר ברור את קו הגבול בין הכנה לבין מתחם הניסיון, ואז לא מגיעים לקו הגבול האבסורדי שהכי חשוב לנו, שהוא מטושטש. ההצעה של שחר אלדר לא התקבלה באופן מעשי באף מדינה, מכיוון שהפתרון שהוא מציע בעייתי ומסורבל.

**הרכיב הנפשי של ניסיון:**

ס' 25- "אדם מנסה לעבור עבירה אם, במטרה לבצעה, עשה מעשה שאין בו הכנה בלבד והעבירה לא הושלמה"- המילים **"במטרה לבצעה"** מסמלים את היסוד הנפשי של העבירה. ישנו צורך **בכוונה/ מטרה**. **נצטרך להוכיח יסוד נפשי לעבירה השלמה ויסוד נפשי לעצם הניסיון**. מדוע הדרישה למטרה מוגברת? **אלדר** טוען במאמרו שזה משום שהאנטי- חברתיות של הניסיון מתבטא במחשבה של הפגיעה בערך המוגן ללא השתכללות העבירה. כלומר, הבסיס הוא ביסוד הנפשי ולא העובדתי, לכן נגביר את הדרישה וננסה לגלות רק את האנשים שבאמת הייתה להם כוונה לקיום העבירה. בנוסף, אלדר חולק על הטענה שהדרישה המוגברת באה כדי "לפצות" על החוסר ביסוד העובדתי שכן ישנן דברים שלא ניתן להמיר אחד בשני (נותר דוג' לכך שאי פאשר להמיר כוס קמח בכוס סוכר).

* התחולה של ההלכות הכלליות כמו הלכת הצפיות, עצימת עיניים וכו' יחולו גם כאן למרות שמדובר רק ביסוד הנפשי והן יכולות לשלול גם אותו ("לא יישאר העוקץ של העבירה").

**שותפים לעבירה/ צדדים לעבירה:**

מקרים שבהם האדם לא מבצע בעצמו את העבירה הפלילית אלא הוא חובר לאדם אחר או לאנשים אחרים וביחד הם מבצעים את העבירה. חוק העונשין מאפשר לנו להתייחס לכל הצדדים כאל גוף אחד. סוגי המשתתפים: **מסייע, משדל, מבצע בצוותא ומבצע באמצעות אחר.**

* שני המבצעים נחשבים למבצע רגיל והחוק מתייחס אליהם כאילו פעלו לבדם ואילו מסייע ומשדל מבחינת החוק הם צורת השתתפות עקיפה, פחות חזקה שנגזרת מהביצוע העיקרי.
* ריבוי המשתתפים אינו נקוב בביצוע העבירה הספציפית למעט מקרים מיוחדים כמו עבירת ההתקהלות.

**מדוע המחוקק מרחיב את האחריות ומאפשר לייחס לארבעת הדמויות האלו אשמה פלילית למרות שהם לא עונים על כל הקריטריונים של האשמה?**

1. **שיקול פרטי-** אם אנשים ידעו שאם הם לא ימלאו את כל הדרישות לא יהיה ניתן להפליל אותם, עבריינים יחלו לעקוף את החוק ולחלק את מעשיהם בין כמה משתתפים.
2. **שיקול תועלתני-** שיקול המסוכנות של הקבוצה:
	* 1. כשאדם חובר לאנשים אחרים הוא שולל מעצמו את השליטה על התפתחות דברים או את האפשרות להתחרט.
		2. ההסכם מוביל את הצדדים לעשות את המוטל עליהם בצורה הטובה ביותר בשל הרצון לא לאכזב את הקבוצה.
		3. ישנה הסתברות גבוהה יותר שהעניינים יתפתחו או יצאו משליטה וישתכללו עבירות נוספות. וזאת מכיוון שכשיש יותר אנשים שמעורבים- הסיכוי להיתקל בכל מיני מצבים שיובלו להתפתחות של עבירות נוספות גבוהה יותר.
3. **שיקול גמולני-** יש ליצור אשם ודיפרנציאציה בין סוגי האחריות של כל אחד מהמשתתפים. הספרות הפילוסופית מביאה לכך 3 רציונלים (**המאמר של ד"ר דנציג- "הצדקות להפללת שותפים עקיפים"-** מבטא את הצורך ברציונל בכדי לקבע דוקטרינה, ומפני שאין קוהרנטיות לרציונל מסוים, נוצר בלאגן):
4. רציונל סיבתי- כמו מבחן האלמלא- אם השותף לא היה פועל העבירה לא הייתה מתקיימת.
5. רציונל הגברת הסיכון- חלש יותר מהסיבתי. ביצוע הפעולה של השותף הגבירה את הסיכון להתרחשות העבירה.
6. רציונל ההזדהות- שם דגש יותר על ההיבט הנפשי, המנטלי- יש סוגים של שותפים שבפעולתם מביעה הזדהות גבוהה בפגיעה בערך המוגן, עד שהיא מתבטאת במעשים.

**ממה נגזרת אחריות השותפים?:**

1. **מתוך האחריות של המבצע העיקרי-** אם למבצע העיקרי אין אחריות, אין ממה לגזור את אחריותם של השותפים. גישה זו היא שהתקבלה בפסיקה.
2. **מתוך ביצוע המעשה האסור-** רלוונטי במקרים שבהם המבצע העיקרי נושא באיזשהו פטור (מתחום הסייגים). אחריות השותפים מנותקת מהאשמה של המבצע העיקרי והיא באה מהיסוד הנפשי הסובייקטיבי של השותף. היתרון בגישה זו הוא בעיקרון האשמה- כל אחד מואשם לפי המעשים האישיים.
* הסייגים:
1. סייג מסוג צדק- המעשה מוצדק ולכן הנאשם והמסייעים לא יישאו באחריות פלילית.
2. סייג מסוג פטור- בעולם אידיאלי היינו מעדיפים שהמעשה לא ייעשה אך משום שאנו מבינים שהאדם היה נתון במצב מצוקה מאוד קשה, אנו פוטרים אותו מאחריות. במצב זה למסייעים יש אחריות.
3. **אחריות השותף היא עצמאית לחלוטין-** אחריותו אינה נגזרת לאחריותו של המבצע העיקרי.
4. **דרך הפעולה של המודל הגרמני היא משולשת:**
5. בשלב הראשון היו מוכיחים את היסוד הנפשי והעובדתי של הנאשם.
6. בשלב השני היו צריכים להוכיח קיומו של מעשה אסור- להוכיח שאין הגנות לנאשם כמו הצדק.
7. בשלב השלישי היו בודקים אם קיימת אשמה.

**המסייע- ס' 31-32:**

* המסייע הוא **שותף עקיף** כי הוא לא לוקח חלק בביצוע העבירה.
* **המסייע הוא משני-** אינו דיי דומיננטי, תפקידו אינו מספיק חשוב.
* **זמן הסיוע-** על הסיוע להיות לפני/ בזמן המעשה. אם אדם מציע סיוע של לאחר מעשה, אך לפני עשייתו- מהות הסיוע היא בעובדה שהוא מסתמך על המסייע ויודע שהוא יקל עליו, גם בדיעבד, זה נכנס בתוך ס' 31. בתיקון 39 הם נותנים דוגמא- אפילו אם מישהו מבטיח שהוא יעזור והוא לא קיים את הבטחתו- הוא עדיין נחשב למסייע כי המבצע העיקרי יצא לפעול כשהוא חושב שכן יש לו סיוע מאוחר.
* **יסוד נפשי של המסייע-** **ברק בפלונית** (בהמשך)- למסייע צריך להיות יסוד נפשי של כוונה לסייע ומודעות לאפשרות ביצוע העבירה (פתור את הבעיה הלשונית (טעות סופר) בפסיקה שמראה יסוד של נסיבה). בפועל ההצעה של ברק הורחבה והמישור הנפשי מתייחס ל: א) היחס של המסייע כלפי העבירה העיקרית- האם הוא רוצה בה או צופה את תוצאותיה? ב) היחס של המסייע כלפי הסיוע- האם הוא רוצה לסייע?
* **תנאי מקדמי לאישומו של המבצע-** שיהיה לפחות ניסיון מצד המבצע העיקרי לבצע את העבירה.
* **נרשיע את המסייע בשל רציונל הגברת הסיכון.**
* **ניסיון לסיוע-** כאשר הפועל העיקרי בכלל לא התחיל ולכן לא היה שימוש בסיוע. ניסיון מסוג זה לא קיים במשפט הישראלי כי הסיוע למעשה עבירה שלא התממש הוא רחוק מידי לצורך ההפללה.
* **פס"ד פלונית** (פלונית עזרה למבצע העיקרי בכל מיני דרכים)- **ברק-** **גם אם אדם מבצע מעשה שיש לו פוטנציאל לסייע והפועל העקרי לא פועל ממש אותו**, כלומר לא עושה שימוש בסיוע, **ההתנהגות של המסייע תיחשב סיוע.**
* **דוג' לסיוע:** נתינת אמצעים, המלצות, אבטחה, נתינת ביטחון והקלה על הביצוע וכו'.
* **פס"ד יוספוב-** המערערת הורשעה בסיוע למחבל בשני ניסיונות פיגוע ובפיגוע אחד בפועל שבו אף נהרג אדם אחד. בערעור בעליון פסק ביהמ"ש שהתקיימו כל היסודות לגבי שני הניסיונות והערעור לגביהם נדחה. לגבי הפיגוע שצלח, לא התקיים במערערת היסוד הנפשי בכך שלא הייתה מודעת לאפשרות שהמחבל יבצע את הפיגוע ולכן זוכתה מאשמה זו. **מפס"ד זה עולה:**
1. בפסיקה, יש איזו חזקה שאומרת **שאם אדם נכח בזירה, וזו לא נוכחות מקרית, חזקה עליו שהוא מסייע.** זו חזקה הניתנת לסתירה (**פס"ד יוספוב-** היא עזרה למבצע להיטמע בתוך קהל של אנשים תוך שהם הולכים מחובקים על חוף ים מבלי לעורר חשד. כלומר, התקיים סיפוק תשתית לוגיסטיקה- הכשירה את הקרקע וסייעה והקלה מבחינת התנאים שיצרה).
2. **המסייע חייב להיות מודע לפרטים קונקרטיים שהמבצע העיקרי יבצע-** לא די בתוכנית כללית. על העבירה להיות ממשית- עבירה בעלת ייעוד מוחשי, ספציפי, הרי גם ככה מדובר על הרחבת האחריות הפלילית ולכן אין לעשות בה שימוש אלא אם המידע אכן קונקרטי.
* **סיוע במחדל:** **פס"ד ויצמן-** מקרה בו 4 נוסעים במכונית- מקדימה ויקטור (הנהג) ואורנה, מאחורה אופיר ויצמן וקרן. השוטר מסמן לויקטור לעצור, הוא נותן גז, פוגע בו, הוא נהרג במקום. אורנה- צורחת ומשתתקת, האחרים ידעו היטב שהוא מנסה להתחמק ואומרים לו לנסוע. האם אפשר להגיע שהיה סיוע למעשה במחדל- בכך שנמנעו מלעשות משהו. בויצמן העבירה העיקרית הייתה מחדלית – הפקרה לאחר פגיעה, הימנעות מלעזור. **האם כדי להרשיע בסיוע במחדל צריך מקור חובה?** האחריות לביצוע העיקרי מבטל את הצורך להוכחה של מקור החובה של המסייע. עם זאת, קיים קושי מסוים, משום שהסיוע עצמו הוא רחוק יותר, ואולי כן היה נכון לדרוש מקור חובה.
* **פס"ד אדרי-** המערערת הורשעה בסיוע לביצוע שוד. היא התלוותה במכונית למבצעי השוד, שמעה את השיחות שהתנהלו ביניהם, חיכתה במכונית בזמן השוד וחזרה איתם לאחר ביצוע העבירה. השאלה היא האם יש לראות בנוכחותה במקום העבירה כשהיא יושבת ליד מבצעי העבירה ולנגד עיניה מתגבש המעשה, כשותפה לעבירה. **השופט לוין (רוב): לנוכחות עצמה אין יכולת להוכיח שהאדם מסייע. צריך להראות שהנוכחות לא הייתה מקרית, ושהיא הייתה משולבת איכשהו בתרומה לביצוע העבירה, או במחשבה פלילית לקדם בעצם הנוכחות את המעשה או העושים**. בשעה הקרובה לביצוע העבירה ידעה המערערת במה מדובר ובנוכחותה במקום העבירה היה כדי לסייע לשודדים בביצוע העבירה. **כהן (מיעוט):** **לא היה בהתנהגות המערערת כדי לחזק את ידי המבצעים והיא הייתה "אדישה" כלי האירוע. כמו כן לא ניתן לייחס למעשיה מחשבה פלילית ולכן יש לזכותה.**

**המשדל- ס' 30:**

* "המביא אחר לידי עשיית עבירה בשכנוע, בעידוד, בדרישה, בהפצרה או בכל דרך שיש בה משום הפעלת לחץ, הוא משדל לדבר עבירה". מלשון הסע' אנו למדים על **דרישה של קש"ס בין המבצע העיקרי למשודל** מ2 סוגים:
1. המשדל צריך להשפיע תוך הפעלת לחץ (איומים או אפילו בקשה מנומסת) על הנעשה במוחו של המבצע- **הוא צריך להביא אדם אחר לעבור על עבירה ולשאת באחריות פלילית.** כלומר, המבצע הוא מעין זרוע המשדל.
2. **הטיית כפות המאזניים (בעיקר ביחסי מרות)-** **פס"ד אסקין** (בהמשך)- המשודל התלבט והמשדל הכריע את החלטתו.
* **קו הגבול בין מסייע למשל הוא באמצעות סיוע רוחני.**
* **המשדל הוא מבצע עקיף אך ראשי-** בשל העובדה שאילולא העבודה של המשדל לא הייתה מתבצעת בכלל העבירה. חומרת המעשה מתבטאת בכמה היבטים:
1. מכוח ס' 34ד למדים שהעונש של המשדל יכול להיות כמו של המבצע העקיף. אם כן, מדוע עושים הבחנה אם העונש זהה? כמה סיבות: התיוג, בדר"כ המשדל מקבל עונש נמוך יותר על אף היכולת לתת לו את אותו עונש, משמעות החרטה, משנה לנגזרות השניות של העבירות ועבירה שונה או נוספת.
2. המחוקק קובע שהמשדל בעצם הוליד עבריין.
3. השידול הוא כ"כ אנטי חברתי, עד כדי שאנו נפליל בגינו גם במידה והמבצע העיקרי לא מואשם (עצר בשלב ההכנה/ לא החל בהכנה) ונעשה רק **ניסיון לשידול.** לפי **פלר- דבר זה נובע מכך שהאחריות נגזרת מהמבצע העיקרי, לכן נאשים קודם את המבצע העיקרי ועל זה "נלביש" את השידול.** עונש על ניסיון שידול הוא מחצית מביצוע העבירה.
* לפי **פלר,** לא יכול להיות מצב בו השותף יורשע בצורה נגזרת לעבירה שאינה זהה לעבירה שבוצעה בפועל. כלומר, **לא ניתן להפליל שותף בעבירה שלא קרתה.**
* **ס' 34 רבתי-** **קובע סייג-** כשהעבירה היא מסוג חטא, לא נבצע גזירה.
* **בפס"ד אסקין-** המערער הורשע בשידול בהנחת ראש חזיר על קבר מוסלמי, בשידול בהצתת סניף של "תנועת דור שלם דורש שלום", וקשירת קשר וניסיון שידול להשליך ראש חזיר לעבר הר הבית. היה יחסי מרות בין המבצע למשדל- המשדל (פקוביץ) היה המנהיג של המבצע (אסקין) שרק אישר את העבירה. בפס"ד זה נאמר שהמשדל לא חייב לנטוע את הרעיון במוחו המבצע אלא די בכך שיעודד ובעידוד שלו גרם למבצע להחליט לבצע את העבירה. אם האינטראקציה בין המבצע למשדל היא כזו שהמשדל השפיע על המבצע העיקרי לבצע את העבירה, **הוא יחשב כמשדל, אלא אם יוכח כי המבצע החליט עוד לפני כן לבצע את העבירה והיה מבצע אותה גם אלמלא היה מקבל את העידוד ממנו.**
* האם המשודל צריך להיות מודע לשידול שמפעיל עליו חברו? **אין דרישה שהמשודל יבין שיש עליו השפעה,** המשדל יכול לשדל בעורמה, ועדיין יואשם. החובה היא להוכיח שבעקבות ההשפעה התבצעה עבירה.
* **פס"ד סוגאקר-** יש שרשור של משדלים. א' שידל את ב', ששידל את ג' לבצע עבירה. ג' לא הצליח לעשות את העבירה, וזה נגמר בניסיון. איך אנו מתייחסים לא' מה האחריות הפלילית שלו? אנו נגיד שהוא משדל לניסיון. **מה הקושי? עניין המרחק, אנו מרחיבים את המעגל הפנימי.** בשידול אחת הבעיות היא שאדם משפיע על אדם אחר, ולכן אותו משדל יכול לטעון כי האדם האחר הוא אוטונומי ולכן זה מנתק את הקש"ס בין המשדל למבצע- אנו מפילים אחריות על אנשים שלא ביצעו את העבירה. התשובה היא שבסופו של דבר, **אנו לא מטילים אחריות של ביצוע העבירה על המשדל, אלא אנו מפלילים אותו על שידול.**
* **היסוד הנפשי של המשדל-** ***פס"ד אסקין***- **ביניש:** למרות שסע' 30 שותק ולא מביא דרישה מוחמרת, ומשתמע ממנו שמספיקה מודעות בלבד, לא נסתפק במודעות **ונדרוש מהמשדל כוונה לקרות העבירה העיקרית**. היא מעלה מספר טעמים התומכים במסקנה זו:
1. האופי התכליתי של השידול.
2. יש בעיתיות בהטלת אחריות פלילית על אדם, רק בגלל השפעה שלילית שעשויה להיות לו על אדם אחר. בניגוד למקרים שאנו יכולים לצפות מראש את תוצאותיהם, כשאדם מפעיל השפעה על אדם אחר, אנו לא יכולים לדעת בבירור מה יקרה, מעצם העובדה שהמשודל הוא אדם אוטונומי ויש לו יכולת בחירה, ולכן הפללת המשדל משולה להפללת אדם על מעשים של אחר. מכאן ביניש אומרת שאנו צריכים לנסות לגרום **לדוק' להיות יותר מידתית/ מצומצמת** ונעשה זאת ע"י הגבהת הדרישה של היסוד הנפשי.
3. **על מנת להבדיל בין מסייע למשדל**- ההבדלים:

 יחס מסייע משדל

כלפי העבירה העיקרית מודעות כוונה

כלפי ההתנהגות של השותף כוונה מודעות

עונש 2/X X

רציונל הגברת סיכון סיבתיות + הזדהות

* **האם הלכת הצפיות רלוונטית?** מקרה בו אדם משדל אדם, והוא לא רוצה שהעבירה תקרה אך הוא צופה שהיא תקרה, האם אפשר מתוך הלכת הצפיות לקבוע שהייתה לו מודעות? לפי ביניש אפשר.
* **מה קורה במקרים של שילוב של סיוע ושידול?** נניח במקרים שאני גם נוטעת במוחו של האדם את הרעיון לבצע שוד וגם מספקת לה אמצעים לכך.
1. המשדל הוא חמור יותר ממסייע, ולכן הוא בולע אותו ונפליל רק לפיו.
2. פלר- התרומה המצטברת ורמת המעורבות היא כ"כ גבוה שכבר ניתן לראות בו כמבצע.

 **ביצוע בצוותא- ס' 29:**

* **ס' 29-** (א) "מבצע עבירה - לרבות מבצעה בצוותא או באמצעות אחר"- לפי המילה "לרבות" נראה כי החוק מתייחס בצורה שקולה לכל אחד משלושת המופעים של המבצע- מבצע, מבצע בצוותא או באמצעות אחר. **ס' 28** הוא הפטור שיהיה רלוונטי למנסים בצוותא.
* **היסוד הנפשי בביצוע העבירה-** הפסיקה מבהירה שהוא צריך להיות כפי שדורשת **העבירה העיקרית**. יש להראות בנוסף גם **מודעות לכך שהוא פועל בצוותא עם שותפים.**
* **חוק העונשין לא מסתכל בצורה מבודדת על כל אחד מהשותפים ובוחן אותם לבד אלא בוחן את כל מעשים בגוף אחד** משום ש:
1. כשבוחנים את מעשי כל השותפים יחד אז העבירה יכולה להשתכלל בניגוד למקרה בו נראה שכל אחד עשה מעשה שאולי משתכלל לעבירה קטנה יותר אם בכלל- הרי כך **אנשים יוכלו להימלט מאחריות פלילית** וחוק העונשין רוצה להימנע מזה. זהו שיקול מוסרי- רוצים להפליל אנשים למרות שנראה שהם פעלו פחות מהדרישה.
2. מנסים ליצור **תמריץ להימנע מעבירות של שותפים** שהרי הן מוכרות כמסוכנות יותר, יכולות להשתבש ולהחמיר.
* **ניתן לבצע בצוותא גם בדרך של מחדל.** למשל זוג הורים שמרעיב את ילדם למרות החובה לשמור עליו.
* מאוד קל לסווג את השותף כמבצע בצוותא כשיש תכנון מוקדם ויש חלוקת תפקידים בערך שווה. אמנם יש מקרי גבול בהם מתלבטים כיצד לסווג את השותף, בייחוד במקרים בהם משקל התרומה של השותפים אינו שווה- ההבדל בין השודד בפועל ובין המפטרל בחוץ- כשיש תחושה שהם אינם שווים- האם הוא מבצע בצוותא או מסייע? **בפסיקה ובספרות הוצעו מס' מבחנים לבחינת מיהו המבצע בצוותא:**
1. המבחן שהציע החוק- בדברי ההסבר של הצעת תיקון 39- כדי שהמעשה של פלוני יהפוך אותו למבצע בצוותא יש שיתקיימו שני תנאים מצטברים: מעשיו צריכים להיות **חיוניים למעשה העבירה** (מבחן האלמלא), ומעשיו כשלעצמם אינם בעלי אופי הכנתי מקדמי- הם לא רק מעשים לקראת אלא הם **נכנסים לתוך גרעין הביצוע.**
2. מבחן השליטה (הפונקציונאלית)- הרעיון הוא להסתכל על הפונקציה שהשותף ממלא בתוך התוכנית והביצוע ולשאול **האם באמת יש לו שליטה על הנעשה**, האם הוא **"אדון העשייה"?** ברק הציע את המבחן הזה **בפס"ד פלונים** (פס"ד שוק הקצבים. כמה חברים רצו לבצע מעשה של זריקת רימון בשוק הקצבים כתגובה לרצח של כהנא. טל היה מאוד דומיננטי, הוא העלה רעיון, נתן רעיונות איך לעשות הוא היה רוח חיה בשלב התכנון עצמו. אך בפועל הוא לא השתתף בעשייה, ולכן בגלל שהוא לא לקח חלק פעיל, הוא טען שהוא ניתק את עצמו מהפעילות העבריינית וזה מסמל על חרטה. הפרקליטות תובעת אותו בגין שידול ולא בגין מבצע בצוותא- שהרי הוא זה שנטע את הרעיון במוחם של האחרים והניע את החבורה למעשה העבירה. ברק קובע שהוא לא רק משדל אלא גם מבצע בצוותא והוא קובע זאת בעזרת מבחן השליטה הפונקציונאלית- הוא היה האדון של העשייה. "טל עשה פעולות לביצוע"- איש פנים לביצוע. בניגוד למבצע בצוותא למשדל אין שליטה על הנעשה, הוא חיצוני, זהו מעשה נפרד מהביצוע. נוכל לחלק את האירוע לשני שלבים- התכנון והביצוע (גם **בפס"ד רון**). בתכנון טל לקח חלק פעיל, ורק השלב הזה יכול להוות עבירה נפרדת- קשירת קשר (עבירת הכנה), היא מאפשרת הפללת אנשים רק בגין שלב התכנון, אף ללא ביצוע בפועל, בגין הסיכון החברתי בפעולה שהיא רבת משתתפים. ברק למעשה פוסק שגם הקושר קשר הדומיננטי ייחשב למבצע בצוותא- יש כאן כביכול הרחבה מאוד גדולה).
3. המבחן המשולב (פס"ד משולם)- **כשאדם לא נוכח פיזית-** נבחן לא רק את הרעיון של השליטה הפיזית (שמובע שמבחן השליטה), **אלא גם נבדוק את היסוד הנפשי של הנאשם.** ואם הוא מאותה הבחינה ייראה גם כ"אדון לעשייה"- היסוד הנפשי המוגבר יכפה על החוסר ביסוד העובדתי.
4. המבחן של חשין בפס"ד פלונים- חשין אינו מסופק מהמבחנים המוכרים ולכן טען שהבדיקה צריכה להעריך את המעשים של השותף, ולשאול מהי הסנקציה שראוי לתת לו **בהתאם לנסיבות**. אם מרגישים שהעונש צריך להיות מחמיר הוא יסווג כמבצע בצוותא ואם לא אז כמשדל. לפי חשין ייתכנו כל מיני סוגים של מסייעים שנעים על הרף בין כמעט מבצע וכמעט שלא פעל בכלל, אם שניהם יסווגו, "המסייע הכבד" ו"המסייע הקל" באותה הצורה ויקבלו את אותו העונש, למרות שמבחינה מוסרית- מגיעים להם עונשים שונים. יש כאן פגיעה ברורה בעיקרון החוקיות, אך הוא מדבר בפתיחות ואומר שמלכתחילה הוא לא יעבור את המבחנים אלא יגיע לתוצאה באופן ישיר, דרך המוסר שלו.
5. מבחן האנלוגיה מדיני הניסיון- מציעה אותו פרופ' מירי גור אריה, לפיו נשווה בין מקרים של ביצוע משותף לבין מקרים בהם העבירה מתגבשת ע"י מבצע יחיד. כשמסתכלים על שותף וצריך להחליט כיצד לסווג אותו, נדמה מצב בו הוא היה פועל לבד, מבודדים כל שותף ובוחנים את פעילותו לבדו במישור היסוד העובדתי לבד, האם היינו אומרים שמעשיו נשארים בקטגוריית ההכנה או שמא הוא כבר נכנס לתוך שלב הניסיון או הביצוע? אם הוא נכנס הוא נחשב למבצע בצוותא, ואם לא אז סימן שהוא רק מסייע. יש מקרים שהמבחן הזה יהיה לא רלוונטי- נגיד במצבים בהם תפקידו של השותף לא יתקיים ללא שאר השותפים- למשל המסיע או המאבטח.
* עד כמה הנוכחות בביצוע העבירה הוא תנאי משמעותי בסיווג האדם כשותף/כמבצע? טבעי שכשאתה נמצא בזירת העבירה יש לך יותר שליטה. אמנם היום מכירים **באחריות קונסטרוקטיבית**- האדם יכול להיות אחראי גם אם אינו נוכח במקום, אם למשל יש לו שליטה בעזרת אמצעים טכנולוגיים וכו'. בנוסף, לפי **אהרון אנקר**- גם אם אדם לא נמצא, יש להרחיב כלפיו את האחריות ולהפלילו משום שהוא מילא תפקיד ממשי בתכנון ולכן ניתן להגיד שהייתה לו שליטה עליה. אך אם העבירה לא הולכת כמתוכנן, מכיוון שאין לנאשם שליטה על האירוע או יכולת להשפיע על השותף כי הוא לא נמצא, לא נפליל אותו בגין עבירה חורגת שהשותף ביצע. לפני תיקון 39 הייתה דוק' שנקראה **"האחריות הסולידרית לקושרים"** לפיה היה ניתן להפליל אדם, גם אם לא היה נמצא במהלך ביצוע העבירה, על קשירת קשר בשלב מוקדם יותר בשל סולידריות מסוימת.
* **פס"ד עזיזאן-** המשיב העומד לדין יחד עם אדם אחר באשמת קשירת קשר לביצוע פשע, התפרצות, היזק בזדון, הצתה וגניבה. זאת בעקבות התפרצות המונית לשתי דירות בשכונת מאה שערים, ניתוץ הדירות, השלכת תכולתם לרחוב והצתת הדירות. המחוזי זיכה את המשיב לאחר שקיבלת את טענתו כי היא הגיעה לדירות מ"סקרנות טיפשית". וקבע שהוא לא היה שותף למעשים. המדינה מערערת וטוענת שיש להאשימו בהסגת גבול, ומערערת על זיכויו מעבירות ההצתה, היזק בזדון וגניבה. **אילן:** מקבל את טענת המדינה באשר להסגת הגבול אך דוחה את הערעור לגבי שאר האשמות. **דורנר:** **אחריותו של שותף לעבירה כמבצע בצוותא אינה מחייבת שיוכח שביצע את מכלול ההתנהגות הפלילית להרשעה בעבירות שיוחסו לו.** די בעשיה פיזית העשוי להעמיד בסיס להרשעה בניסיון לעבור את אחת העבירות המרכיבות את המכלול. הרכיב ההתנהגותי לא נוצר בהכרח על יסוד תוכנית פלילית מוקדמת, אלא הצטרפות ספונטנית אל ההמון שבו כל אחד מעודד את ההתנהגות הקבוצתית ומשופע על ידה. לכן הרכיב ההתנהגותי מתקיים אצל המשיב. המחשבה הפלילית היא דבר שבלב, **ובלי ראיה ישירה פונים לחזקת המודעות לפיה אדם מודע למעשיו ולקיומן של הנסיבות. מסיבות אלו יש לקבל את ערעור המדינה כולו.**

 **ביצוע באמצעות אחר- ס' 29:**

* **שותף ראשי אך עקיף.**
* **ביטוי המפתח הוא "כלי בידיו"-** ניתן לתאר אדם בעל זרוע ארוכה ואדם אחר שעושה את העבודה השחורה- בעצם אתה מעוניין בביצוע העבירה ונהנה ממנה.
* **השוני בין שידול לבין ביצוע באמצעות אחר-** באפיון של האחר. המשודל הוא אדם אוטונומי בעוד שכאן יש פער מבחינת ההבנה, השליטה, יש ניצול פערי כוח/ ידע.
* **"כגון"- זוהי לא רשימה סגורה**, אם יהיו מקרים נוספים שנראה בהם ניצול למשל, נוכל להרחיב את הרשימה שמוצעת. לפי המשפט הגרמני- בכל מצב בו יש ניצול ברור של כוח וידע, נכנסים לדוקטרינה הזו.
* **היסוד הנפשי-** למבצע באמצעות אחר יהיה את היסוד של **העבירה העיקרית ובנוסף מודעות/ עצימת עיניים** שהאחר נמצא באחד ה**מצבים המנויים בסעיף.**
* **דוג':** חוסר שליטה- היפנוזה, "ללא מחשבה פלילית"- הטעיה (אם אדם מטעה יהיה אפשר להטיל עליו אחריות במבצע באמצעות אחר).

**שליטה ארגונית- רב עבריינים**

**מהו ארגון פשיעה (לפי פס"ד זוארץ)?** 1) מסגרת המארגנת ומנהלת את העבירות בראייה כוללת מעבר לעבירה הספציפית. 2) המשכיות בפעילות משותפת. 3) כוונה ליצור מסגרת שהשפעתה היא מעבר לביצוע מעשה יחידני.

כיצד נטפל באותם אנשים שברור שהם הלב והמוח מאחורי המעשה- הם לא רק משדלים אך הם לא מבצעים בצוותא כי אין להם יסוד נפשי או עובדתי ברור וגם שהרי בביצוע בצוותא יש הנחה של שוויון מעמדות, וכאן יש היררכיה. כמו אדם שעומד בראש איזשהו ארגון, קבוצה חברתית מסוימת והוא שולח את החיילים שלו, או את האנשים שלו לבצע עבירות פליליות מבלי שהוא עצמו מלכלכך את ידיו. ברור שבחסותם מתרחשות העבירות אך הם לא תמיד מודעים בדיוק לכל מה שקורה דבר אשר מהווה עבורם פתח מילוט.

* **פס"ד ברגותי-** (לפני חוק מאבק בארגוני הפשיעה עליו יש הרחבה בהמשך) ייחסו לו 37 פעולות טרור שלא נעשו על ידיו אבל תחת חסותו. היה ברור שהוא זה שהיה הרוח החיה מאחורי הסיפור- זה שעודד את הפעילות, מספק את הכסף, הכלים וכו'. אך עם זאת, הוא לא היה מודע לפעילויות שקרו, היו המון אנשים תחתיו והייתה להם בחירה חופשית איפה לבצע את הטרור, מתי וכו' והיו אנשים שדאגו לכך שהדברים לא יגיעו אליו. ומכיוון שלא הייתה לו את המודעות זיכו אותו.

**כיצד נסווג רב עבריינים בתוך דיני השותפות?** שכן, שידול- לא כ"כ רלוונטי. ביצוע בצוותא- במרבית המקרים הראש לא שותף בתכנון. "ביצוע באמצעות אחר"- לאחר אין נחיתות ואין את היסוד הנפשי הדרוש.

* **פס"ד משולם:** **דורנר-** נסווג את משולם כ**משדל** כללי לביצוע עבירות אלימות. יש וויתור על דרישת הייעוד המוחשי. לעומתה, **שופטי הרוב** אומרים שמשולם הוא **מבצע בצוותא.** למשולם היה מעמד מיוחד בהנהגת המאמינים שלו ולכן הוא נושא באחריות העיקרית למעשים.

**חוק מאבק בארגון פשיעה:**

עצם העובדה שאדם עונה על אחד מהתפקידים האלה (מארגן כספים וכו') חושף אותו לעונש קבוע מסוים- זוהי עבירת סטטוס שמנתקת בין העבירה הספציפית שבוצעה בארגון הפשיעה לבין העבירה המיוחסת לעומד בראש הארגון. כלומר, החוק מנתק את היסוד הנפשי ואם אני מוכיחה שאדם מנהל ארגון פשיעה אוטומטית אפשר לייחס לו עונש של 10 שנות מאסר. החיסרון הוא שהחשיפה, ההרשעה לא עושה דיפרנציאציה לסוגי העבירות שהאנשים תחתיו ביצעו, זה לא משנה עם פרנסתו בגניבה (שעונשה 3 שנים) או ראש ארגון ברצח (מאסר עולם חובה), כלומר שאתה לא יכול לגזור את האחריות באופן מידתי ביחס לעבירות עצמן, ביחס לעבירות הנפגעים עצמם, אלא יש לך איזה פתרון שאדיש לעבירות הספציפיות שמתרחשות, וזה יכול להחמיר איתך ולהקל איתך.

**עבירה שונה או נוספת**

* מקרה בו מטילים על אדם אחריות בגין פעולות שעשה השותף שלו בניגוד לתכנון. כלומר, נטיל על המבצע בצוותא אחריות לעבירה הנוספת למרות שהוא לא שותף לה. מלבישים עליו את האחריות בשל השותפות בעבירה המתוכננת. אך זה יהיה רק ברמה של אדישות (כך למשל רצח יהפוך להמתה, אך בפס"ד סילגדו ברק משאיר את זה בצ"ע). האחריות היא ישירה אך היא נובעת או נשענת ע"כ שהם היו שותפים לעבירה אחרת.
* זה סעיף מאוד מרחיב, למרות שלאדם יש מעט אשמה- הוא היה רשלן- החוק "מזהיר" שאם אתה יוצא לבצע עבירה ביחד והסיפור יתפתח, אתה תישא באחריות.
* ב(ב) מוצעת הקלה מסוימת בכך שביהמ"ש לא מחויב להיצמד לעונש שמציע החוק למבצע והוא יכול להקל אותו.
* **פס"ד סילגדו-** שלושה אנשים קשרו קשר לביצוע שוד והצטיידו באקדח. אחד מהם, סילגדו, ירה למוות בבעל החנות. השלושה הורשעו ברצח, ע"פ סע' 34א(א)(1) לפיו המבצעים בצוותא של עבירה שאגב ביצועה, בוצעה על ידי אחד מהם עבירה שונה או נוספת שאדם סביר היה יכול להיות מודע שתקרה, הם יישאו באחריות עליה. המערערים טענו שהחוק נחקק לאחר חו"י כבוד האדם וחירותו והוא נוגד אותו. **ברק:** בודק את החוק בפסקת ההגבלה, טוען שהוא עומד בה, והערעור נדחה. **שטרסברג כהן:** מסכימה עם המסקנה של ברק אבל בדרך אחרת.